

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POST - GRADO

**Ejercicio de la patria potestad por madres menores
capaces de discernimiento en el servicio de defensorías
del Sistema de Atención Integral del Niño y
Adolescente**

TESIS

**Para optar el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en
Civil y Comercial**

AUTOR

Edgar Ramón Guillén Vallejo

Lima – Perú

2012

Dedicatoria

A la Dra. Raquel Guerra Távara quien a través de sus obras sigue inspirando a los profesionales del derecho a continuar su lucha por los derechos de la niñez peruana.

Agradecimiento

A mis padres.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO EN EL SERVICIO DE DEFENSORÍAS DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y ADOLESCENTE

OBJETIVO GENERAL

Describir el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.

RESULTADOS

La información fue recolectada a través de una entrevista estructurada aplicada a una muestra representativa de 35 Defensorías del Niño, Niña y Adolescente. Encontramos que el 100% de Defensorías comprendidas en la investigación ha atendido a madres menores de edad que han acudido requiriendo sus servicios; la mayoría de las Defensorías impone restricciones a este grupo de usuarias; no existe consenso sobre la edad mínima requerida para que una madre pueda ejercer la patria potestad sobre sus hijos, ni sobre quien representa a los hijos de las madres menores de edad; de la revisión de documentos de las Defensorías visitadas se advierte que muchas veces no se toma en cuenta las decisiones de las madres menores de edad, prefiriéndose la participación de una persona adulta.

CONCLUSIONES

La patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.

La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.

Es necesaria la aprobación de un protocolo de atención a madres menores de edad en Defensorías, a fin de que sirva de guía en la prestación de servicios como la protección de los derechos del niño a través de reconocimientos voluntarios de filiación extrajudicial y conciliaciones extrajudiciales sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, entre otros.

Palabras Clave: Madres menores de edad, patria potestad, capacidad, discernimiento, servicio de defensorías.

INDICE DE CUADROS

CADRO 1	106
CADRO 2.....	116
CADRO 3	129
CADRO 4.....	130
CADRO 5	131
CADRO 6	133
CADRO 7	135
CADRO 8	137
CADRO 9	139
CADRO 10	140
CADRO 11	141
CADRO 12	143
CADRO 13	144

INDICE

INTRODUCCIÓN	01
--------------------	----

CAPÍTULO I METODOLOGIA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	05
1.2.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.3. JUSTIFICACIÓN TEORÉTICA	12
1.4. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA.....	13
1.5. OBJETIVOS	14
1.5.1. Objetivo General	14
1.5.2. Objetivos Específicos	14
1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES.....	15
1.6.1. Hipótesis	15
1.6.2. Identificación de Variables	16
1.7. AMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.9. POBLACIÓN DE ESTUDIO	18
1.10. TAMAÑO DE MUESTRA	18
1.11. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	19

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO FILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
2.1.1. Teoría de la Protección Integral del Niño	22
2.1.2. La Libertad como Autonomía en Immanuel Kant	25
2.1.3. El Paternalismo	29
2.1.3.1. John Stuart Mill	29
2.1.3.2. El Tribunal Constitucional Peruano frente al Paternalismo	34
2.1.4. Libertad Negativa y Libertad Positiva.....	37
2.1.5. Autonomía Privada	41
2.1.6. Contenido del Derecho a la Libertad de los Menores de Edad.....	44
2.1.6.1. La Convención sobre los Derechos del Niño	44
2.1.6.2. La Intervención del Estado en las Relaciones Familiares ...	50
2.1.6.3. Medidas Paternalistas Justificadas aplicadas a menores de edad	51
2.1.6.4. El menor como sujeto de Derechos	55
2.1.6.5. El Interés Superior del Niño.....	50
2.1.6.6. La voz del menor en conexión con el interés superior	60
2.1.6.7. Autonomía progresiva o evolutiva de los menores.....	60

2.2. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

A. Investigación sobre el acceso de padres y madres adolescentes a la plenitud de Derechos de la Institución Familiar	63
B. Tesis que abordan el tema del Ejercicio de la Patria Potestad por madres menores de.....	64
C. Tesis que abordan el tema del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios públicos	67

2.3. BASES TEÓRICAS

2.3.1. EJERCICIO DE PATRIA POTESTAD POR MADRES MENORES...	68
2.3.1.1. La Patria Potestad.....	69
2.3.1.2. Ejercicio de patria potestad por madres menores capaces de discernimiento	73
2.3.1.3. En el caso de las madres menores sin discernimiento.....	76
2.3.1.4. Ejercicio de patria potestad por menores en el Derecho Comparado	78
2.3.2. MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO	80
2.3.2.1. Madres Menores en el Perú	80
2.3.2.2. Capacidad de madres menores capaces de discernimiento.....	82
a. Capacidad de los menores de edad	82
b. Restricciones válidas a la capacidad de los menores	85
2.3.2.3. Menores Capaces de Discernimiento.....	87
a. El Discernimiento	87
b. Discernimiento en el ordenamiento jurídico peruano	89
2.3.3. ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS HIJOS DE MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO.....	90
2.3.3.1. Concepto amplio del Derecho de acceso a la Justicia.	90
2.3.3.2. Hijos de madres menores como titulares del derecho de acceso a la justicia	92
2.3.3.3. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos Familiares como contenido del derecho de acceso a la justicia	94
a. El Conflicto	94
b. Resolución Alternativa de Conflictos	98
c. Conciliación Extrajudicial Familiar	99
2.3.4. SERVICIO DE DEFENSORÍAS DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE.....	102
2.3.4.1. El Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y del Adolescente en el Perú	102
2.3.4.2. Prototipo Base: Sistema Nacional de Infancia	105
2.3.4.3. El Modelo Peruano SNAINA.....	107
2.3.4.4. El Servicio de Defensorías	108
2.3.4.4.1. Defensorías de los Niños y Adolescentes (DNA)	109
a. Creación	109
b. Regulación	109
c. Modelos	113
d. Defensores	116

2.3.4.4.2. Campo de acción de las Defensorías.....	117
a. Promoción	117
b. Defensa	118
c. Vigilancia	120
2.3.4.4.3. Intervención de las Defensorías	120
2.3.4.5. Defensorías del Niño en el Derecho Comparado	123

CAPITULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	128
3.1.1. Datos Generales de las Defensorías Encuestadas	128
a. Modelo de Defensoría.....	128
b. Profesión del Defensor.....	130
c. Casos mayoritariamente atendidos	131
d. Quien acude mayoritariamente en representación de sus hijos..	132
e. Aporte de la Defensoría a sus usuarios.	132
3.1.2. Atención a las madres menores	134
a. Cómo las atienden	134
b. A partir de que edad una madre puede representar a sus hijos.	136
3.1.3. Ejercicio de patria potestad por madres menores	138
a. ¿Puede una madre menor de edad representar a sus hijos?	138
b. Quién representa a los hijos de las madres menores de edad ..	139
c. Madre menor frente a un Procedimiento de Reconocimiento	
Voluntario de Filiación Extrajudicial	141
d. Madre menor frente a un Procedimiento de Conciliación	
Extrajudicial.....	142
e. ¿Considera que el ejercicio de las madres menores se encuentra	
correctamente regulado?	143
3.2. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	145
3.3. RECOMENDACIONES	151
CONCLUSIONES	152
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156
Libros	156
Revistas Especializadas	160
ANEXOS	162

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos consiste en una investigación acerca de cómo es que las madres menores capaces de discernimiento ejercen la patria potestad a favor de sus hijos en un ámbito administrativo como es el Servicio de las Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al niño y adolescente.

La inquietud académica por desarrollar este trabajo es por cuanto me desempeñé durante tres años como Defensor-Conciliador de la Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes “Raquel Guerra Távara” del Colegio de Abogados de Lima y me interesó cómo es que se negaba la atención a las madres menores de edad quienes acudían solicitando los servicios que brindaba la Defensoría, entre ellos el Procedimiento de Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial y Conciliaciones Extrajudiciales sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, exigiéndoles que acudan acompañadas de una persona mayor de edad. Actualmente, laborando en un Juzgado Mixto, advierto que el problema de la representación de los hijos de las madres menores de edad frente a las entidades estatales no es exclusivo del ámbito administrativo, sino que tampoco a nivel jurisdiccional existe una respuesta uniforme.

Esta tesis ha sido desarrollada en tres capítulos, en el primer capítulo se detallan los aspectos metodológicos de la investigación. La investigación describe cómo es que son atendidas las madres menores capaces de discernimiento en las Defensorías de los Niños y Adolescentes del Sistema Nacional de Atención integral al niño adolescente, ello con el objeto de establecer cuáles son los criterios y la interpretación en las referidas Defensorías para el tratamiento de las madres menores. Siendo, nuestra principal técnica de recopilación de datos, la aplicación de una entrevista estructurada a una muestra de la población de Defensorías y el análisis documental.

El ámbito espacial de la presente investigación es Lima Metropolitana, por lo que el universo son las Defensorías inscritas en el Ente Rector que es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, ubicadas en los 49 Distritos comprendidos en la zona urbana limeña y colindante a ella, 136 Defensorías en total, obteniendo una muestra representativa de 35 Defensorías.

En el capítulo segundo se encuentra el Marco Teórico, que, a su vez comprende un marco filosófico, antecedentes de la investigación y las bases teóricas. En el marco filosófico explicamos principalmente cómo es que la innovadora doctrina de la protección integral del niño afecta las instituciones clásicas del Derecho Civil con respecto a los menores de edad, reconociendo su autonomía sobre todo de aquellas menores capaces de discernimiento que ya son madres, autonomía que les permite actuar en el ámbito administrativo en representación de sus hijos, y que forma parte del contenido de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en concordancia con el principio de autonomía progresiva o evolutiva contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los antecedentes son investigaciones existentes, al momento de realizar la tesis sobre el acceso de madres adolescentes a la plenitud de Derechos de la Institución Familiar, tesis que abordan el tema del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad y tesis que abordan el tema del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios públicos. Una vez enmarcada la filosofía que acoge esta investigación, y señalados los antecedentes, en las bases teóricas, desarrollamos los conceptos de la patria potestad, la capacidad, el discernimiento, los medios alternativos de resolución de conflictos familiares, el servicio de defensorías en el derecho nacional y en el derecho comparado, entre otros.

En el tercer capítulo es donde se trata directamente el problema de la investigación que consiste en dos problemas principales, primero ¿A qué teoría corresponde el criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria

potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios?; segundo ¿Cómo es ejercida la patria potestad por las madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente? y un problema secundario del segundo problema principal ¿Cómo afecta la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescentes?

Asimismo se explica la situación y se hace un análisis de los resultados de la investigación interpretando y discutiendo los datos obtenidos mediante las técnicas de investigación social, aplicadas a la muestra representativa del total de Defensorías ubicadas en Lima Metropolitana. Destacamos que el criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes visitadas, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos es propio de la doctrina del menor en situación irregular. Asimismo encontramos que la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en las Defensorías visitadas, y que esta restricción impide el acceso, a las madres menores y a sus hijos, a los servicios que las Defensorías están obligadas a prestar.

Esta investigación nos ha llevado a concluir que al no concordarse el sistema de incapacidades regulados en Código Civil con la teoría de la protección integral contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cada Defensoría del Sistema Nacional de Atención Integral al niño, niña y adolescente tiene su propia lectura e interpretación de las normas que regulan el ejercicio de la patria potestad de los hijos de las madres menores de edad capaces de discernimiento.

Frente a diferentes criterios de interpretación, existen algunas Defensorías que consideran incapaces a todas las madres solteras que no hayan alcanzado la mayoría de edad; otras consideran que la extinción de la incapacidad absoluta a los dieciséis años, faculta a partir de esta edad, a las madres a representar a sus hijos; y finalmente algunas de consideran que es catorce años la edad a partir de la cual las madres pueden representar a sus hijos y finalmente aquellas que consideran que la madre puede representar a sus hijos desde que concibe, independientemente de la edad que tenga.

Para superar la falta de criterios uniformes que privilegien el tratamiento de las madres presentamos tres recomendaciones:

- a) la modificación del artículo 46° del Código Civil agregándosele un párrafo con el siguiente tenor: “La incapacidad de las madres con discernimiento mayores a catorce años cesa a partir del nacimiento del hijo, para realizar todos los actos que comprende la patria potestad”;
- b) la modificación del artículo 2° de la Guía de Atención de Casos en las Defensorías de los Niños y Adolescentes aprobado por Resolución Ministerial N° 669-2006-MIMDES, agregándosele un párrafo con el siguiente contenido: “Es competencia de las Defensorías atender los asuntos concernientes a la defensa de los derechos de los hijos de madres menores de edad, quienes serán atendidos sin distinción, reconociéndose como sus representantes legales a sus madres desde que estas tengan 14 años de edad”; y
- c) la aprobación de un Protocolo de atención a las madres menores de edad en Defensorías, que guíe a los encargados de éstas entidades públicas al momento en el que quien solicite sus servicios sea una madre quien aún no ha alcanzado la mayoría de edad, pero ya cuente con discernimiento.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, significó una revolución copernicana en el tratamiento jurídico de los menores de edad, pues constituye un cambio en la visión clásica de muchas de las instituciones del Derecho, en especial del Derecho Civil, como las instituciones de la Capacidad, la Representación Legal y la Patria Potestad de los menores de edad. Sobre todo, a raíz del cambio de paradigma que significó superar la doctrina tutelar de la situación irregular que consideraba al menor como objeto de protección, por la teoría de la protección integral, que considera al menor como sujeto de derechos, reconociéndole autonomía, y por ende una capacidad progresiva en el ejercicio de los mismos.

Sin embargo, a pesar de la calidad de norma internacional autoaplicativa de Derechos Humanos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la vigencia de normas como los artículos 42°, 43° y 44° de nuestro Código Civil llevan a presumir la incapacidad de todo menor de edad a menos que una ley taxativamente lo faculte para determinadas actividades. El problema de esta presunción es que existen muchos actos jurídicos propios de la esfera personal de los menores que la ley no ha regulado adecuadamente, tal es el caso del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en un ámbito administrativo al que pertenecen los Servicios de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente.

Al suscribir la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1990, el Estado peruano se obligó a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los

derechos y deberes de sus padres, y con ese fin, tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En cumplimiento con esta obligación, el Estado peruano estableció la creación del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente (SNAINA), que según el artículo 27° del Código de los Niños y Adolescentes persigue la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes.

Sistema que, entre otros, comprende el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes cuyas funciones específicas abarca, según el artículo 45° del Código de los Niños y Adolescentes: intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados los derechos del niño para hacer prevalecer el principio del interés superior, promover del fortalecimiento de los lazos familiares, fomentar el reconocimiento voluntario de la filiación y brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas. Para cumplir con estas funciones las Defensorías están facultadas para intervenir por medio del mecanismo de la conciliación extrajudicial entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas; así como por medio del compromiso gracias al cual las partes involucradas llegan a obligarse voluntariamente a determinadas normas de comportamiento, o en su caso, al reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial; y, finalmente, por medio de acciones administrativas que buscan proteger los derechos del niño en entidades públicas.

Las Defensorías de los Niños, son instituciones que existen a nivel mundial, en diferentes países y con diferentes figuras, si bien es cierto el modelo peruano, en un inicio obedeció a la implementación de un modelo general latinoamericano, hoy en día es una institución que ha logrado amoldarse a la realidad nacional con sus defectos y virtudes. Una virtud es la formación de Defensorías gracias a la auto organización comunal, de esta forma, con o sin ayuda internacional, muchas comunidades que no cuentan con una

Municipalidad, Comisaría, ni Módulo de Justicia logran instalar una Defensoría de los Niños y Adolescentes con diferentes fines.

Entre las desventajas, encontramos que la flexibilidad para autorizar el funcionamiento de Defensorías de los Niños y Adolescentes llevó a que no se sepa cuantas son en realidad, así, mientras Unicef calcula que sobrepasan las 2,000 Defensorías, el ente rector que es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables sólo tiene 831 Defensorías con registro vigente a nivel nacional, 136 de las cuales están ubicadas en Lima Metropolitana.

Mediante éstas Defensorías, el Estado y la sociedad organizada, brindan la oportunidad a la comunidad de poder solucionar conflictos que involucren a menores de edad, entre los más comunes las divergencias familiares sobre alimentos, tenencia, régimen de visitas y filiación, mediante un procedimiento gratuito, rápido, inmediato, especializado y con la asistencia de Promotores y Defensores de los Niños y Adolescentes (art. 44 del Código de los Niños y Adolescentes) que son profesionales capacitados en fortalecer los lazos familiares.

En observancia del artículo 45 del Código Civil, los menores de edad acceden a este servicio mediante sus representantes legales, en la gran mayoría de casos, los menores son representados por sus madres, las cuales, en ejercicio de los atributos que la patria potestad comprende, toman las decisiones requeridas en nombre de sus hijos. El problema surge cuando son hijos de una menor de edad que aún no ha contraído matrimonio.

Problema advertido por especialistas como Carmen Meza Ingar que en su obra “Ideas para un Código de Familia” da cuenta que “la familia peruana no está constituida únicamente por un modelo social. Hay jefes de familia hombres, a veces mujeres, otros menores de edad y aun niños, que asumen

la responsabilidad de sus propios hermanitos”¹. De la misma forma encuentra que en 1987 la Maternidad de Lima informó de 6,530 partos de adolescentes entre los 11 y 19 años de edad, 33 de ellos correspondió a niñas entre los 11 y 14 años por lo que propone que en algunos casos de padres y madres adolescentes, responsables de discernimiento, podrían ser autorizados a tener acceso a la plenitud de derechos de la institución familiar. Advertencias desde el ámbito académico que no fueron escuchadas por los legisladores, consecuencia de lo cual, en la actualidad² persiste el vacío que afronta la población de madres adolescentes a quienes no se les reconoce capacidad para asumir la titularidad del conjunto de derechos y deberes que comprende la patria potestad.

Nuestro actual Código Civil, en su artículo 421°, al igual que el Código Civil de 1936 en su artículo 395°, establece la titularidad de la patria potestad a favor de la madre aunque sea menor de edad, según el autor de la norma, Héctor Cornejo Chávez: “el hecho mismo de la maternidad desarrolla en la mujer instintos de protección que ordinariamente se hacen notorios a una edad mayor y dinamizan su personal maduración al punto que la ley la considera sui generis (por lo cual no sólo ejerce la patria potestad sobre su hijo, sino ella misma sale de la que la sujetaba a sus propios padres)”³. Con lo que la madre menor de edad podría ejercer las facultades que comprende la patria potestad desde que tenga discernimiento.

Sin embargo, al estar comprendida en el sistema de incapacidades regulado en los artículos 43° y 44° del Código Civil, al no existir causal que extinga la patria potestad que la sujeta a sus padres, y al persistir la necesidad del

¹MEZA INGAR, Carmen. “Ideas para un Código de Familia”. CONCYTEC. Lima, 1990. Lima, 1999. Pp. 18.

² Según la Información Estadística 2010. Oficina de Estadística e Informática del Instituto Materno Perinatal de Lima: son 2,677 adolescentes que en el 2010 fueron atendidas en la Maternidad de Lima, hoy Instituto Materno Perinatal, 17 partos atendidos a menores entre 10 a 13 años; 503 a menores entre 14 a 16 años y 2,157 a menores entre 17 a 19 años.

³CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo I. 5° edic. Librería Studium. Lima, 1985. Pp. 184.

permiso escrito de sus padres para determinadas actividades como viajar fuera del país, casarse, trabajar, etc.; la madre menor capaz de discernimiento, continúa siendo considerada incapaz de actuar por sí misma, y por ende incapaz de representar a sus hijos, a menos que, a partir de los dieciséis años, contraiga matrimonio u obtenga título “oficial” que la autorice para ejercer una profesión u oficio, ambos supuestos muy infrecuentes en madres menores de edad⁴.

Frente a lo cual existen diferentes posturas, desde las que defienden que la madre menor de edad debe ser protegida por la institución civil clásica de la capacidad, la cual la considera incapaz, siendo sus padres quienes ejerzan una doble patria potestad, tanto respecto a su hija como respecto a sus nietos, hasta quienes sostienen que la madre menor de edad debería reputarse emancipada teniendo en cuenta su misma maternidad. Lo cierto es que el contenido y límites del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad no se encuentran claramente delimitados en la legislación nacional.

No habría problemas con el ejercicio de simples actos voluntarios del ámbito doméstico de la autoridad de los padres que abarca las facultades de guarda, cuidado, asistencia y educación, el problema es la representación de los hijos en los actos de la vida civil, sobre todo cuando las decisiones de la menor, respecto de su hijo, son contrarios a los de sus padres, quienes muchas veces sienten que pueden desconocer la voluntad de su hija.

Frente a este problema la Ley N° 27201, que modifica el artículo 46° del Código Civil, establece que tratándose de mayores de 14 años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo para realizar “solamente” los

⁴Sólo el 5.7 % del total de madres adolescentes, convive con su pareja, es mucho menor el índice de matrimonios. Según el Ministerio de Salud 1999, citado por Aymé Buitrón Aranda. “Madres Adolescentes por segunda vez. Un hijo nos une”. En: Hontanar Revista del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Año 5, Vol. I Abril 2001, p.59.

siguientes actos: reconocer a sus hijos, demandar por gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos y demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

Una interpretación literal a esta norma, llevaría a pensar que sólo resuelve el problema de los hijos de madres menores que acuden al sistema judicial, manteniéndose la imposibilidad de que las madres menores de edad solteras puedan representar a sus hijos en ámbitos administrativos, diferentes al sistema judicial.

Sin embargo los procesos judiciales de filiación, alimentos, tenencia y gastos de embarazo y parto, no son los únicos medios, ni tampoco son las mejores, ni las más recomendables formas de solucionar controversias o divergencias familiares que involucren a un menor de edad, ni este reducido número de actos son los únicos para los que los hijos de una menor de edad requieren de su representación.

Al impedir que las madres menores de edad solteras representen a sus hijos en el ámbito administrativo, se comete una discriminación, advertida por Carmen Meza Ingar para quien a pesar de los avances que existen sobre el reconocimiento de los Derechos Humanos, la mala aplicación del artículo 43 inc. 1 del Código Civil constituye uno de los casos de “discriminación mediante el derecho”⁵. En efecto, el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna o cualquier condición del niño, de sus padres o representantes legales; por lo que la condición de menor de edad de la madre no debe ser nunca elemento suficiente para que se restrinja el acceso de su hijo a los servicios públicos que requiera.

⁵MEZA INGAR, Carmen. “Los Derechos de los Niños en la República”. En: “Reflexiones de Fin de Siglo”. Exigrafrica E.I.R.L. Lima, 1999.

El autor peruano Alex Plácido incluye en el análisis de este tema el artículo 455° del Código Civil, el cual otorga a los menores capaces de discernimiento la posibilidad de ejercer derechos estrictamente personales sin la intervención de sus padres, considera que el ejercicio de la patria potestad es un derecho personalísimo pero manifiesta que es necesario una regulación más clara de este tema, en sus palabras: “en atención al carácter personalísimo de los derechos a reconocer a los hijos extramatrimoniales y a ejercer sobre ellos la patria potestad, nuestro sistema debe prever expresamente su ejercicio”⁶.

Es de esta forma que queda pendiente aclarar cómo debe armonizarse, en el ámbito administrativo nacional, a la que pertenece el Servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, la regulación de institutos del Derecho Civil clásicos como son la Patria potestad, la Representación y la Capacidad frente a los innovadores principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño tales como el niño sujeto de derechos y la autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos.

Problemática que me lleva a investigar la realidad del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de Defensorías del Sistema nacional de Atención Integral al niño y adolescente.

Investigación que será desarrollada en las Defensorías de los Niños y Adolescentes registradas en Lima Metropolitana, teniendo en cuenta que la capital de nuestro país concentra a todos los poderes del Estado, cuenta con la oferta más completa de programas y servicios sociales dirigidos a la infancia y adolescencia, y a la vez aglutina centros poblados y organizaciones comunales en ámbitos donde los beneficios de la capital, aún no han llegado.

Es por ello que formulo las siguientes interrogantes:

⁶PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Manual de Derecho de Familia: novedoso método de estudio funcional del Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pp. 322.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

PROBLEMA PRINCIPAL 1: Pp1

¿A qué teoría corresponde el criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios?

PROBLEMA PRINCIPAL 2: Pp2

¿Cómo es ejercida la patria potestad por las madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente?

PROBLEMA SECUNDARIO DEL PROBLEMA PRINCIPAL 2

¿Cómo afecta la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescentes?

1.3 JUSTIFICACIÓN TEORÉTICA

No obstante la amplia población de menores de edad que habita nuestro país⁷, no es común discutir sobre las libertades individuales de este grupo de personas, y sus posibilidades de acción por cuenta propia y en representación de sus hijos, a pesar de haberseles reconocido los mismos derechos fundamentales que a los adultos, por lo que enfrentan diversas

⁷ Según el INEI, en el “Perfil Sociodemográfico del Perú”. Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. 2° edic. Lima, 2008. La población peruana es mayoritariamente joven, pues más del 50% de peruanos tiene entre 0 y 29 años de edad, entre los cuales 8 357 533, casi un tercio de la población total, son menores de 15 años.

dificultades en el ejercicio de estos derechos debido a la falta de claridad en el contenido y límites de estos derechos.

Mediante la presente investigación pretendo insertar a la discusión jurídica un tema sobre el contenido y límites de los derechos y libertades de los menores de edad, específicamente sobre el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en el ámbito administrativo, a mi parecer, uno de los temas menos claros de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta forma pretendo contrastar cómo la teoría de la protección integral del niño que contiene los principios de niños sujetos de derecho y capacidad progresiva son aplicados en los Servicios de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño, a favor de madres menores de edad y de sus hijos, así como la armonización de estos principios con las instituciones civiles de la patria potestad, la representación y la incapacidad.

1.4. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

Ante la problemática de la maternidad a temprana edad existen investigaciones desde la perspectiva psicológica, obstétrica y social, sin embargo no existen investigaciones jurídicas que hayan abordado este tema, lo cual no quiere decir que sea un tema pacífico o que las madres menores de edad no tengan conflictos que merezcan un tratamiento jurídico.

En mi experiencia profesional, en calidad de Defensor-Conciliador de una Defensoría del niño, niña y adolescente, he advertido que existe una serie de vacíos y conflictos normativos sobre la posibilidad que tienen las madres menores de edad de representar y tomar decisiones en favor de sus hijos frente a entidades de la administración pública, lo cual significa una dificultad más en el ejercicio de sus propios derechos y en el de sus hijos.

Por lo que considero que es sumamente necesario saber cómo es ejercida la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en un ámbito administrativo como el Sistema de Defensorías de los Niños y Adolescentes.

Con lo que la presente investigación es conveniente ante la falta de claridad de la regulación nacional del ejercicio de la patria potestad por madres que aún son menores de edad.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General

Describir cómo es que las madres menores capaces de discernimiento ejercen la patria potestad en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.

1.5.2. Objetivos Específicos

- 1.5.2.1.** Observar cuáles son los criterios interpretativos aplicados por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios.
- 1.5.2.2.** Observar la relación entre la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento y el acceso de sus hijos al Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.
- 1.5.2.3.** Formular propuestas de regulación clara del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento que sean coherentes con sus necesidades y la realidad.

1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.6.1. Hipótesis

Hipótesis Principal 1: H1

El criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios, corresponde a la doctrina del menor en situación irregular.

Hipótesis Principal 2: H2

La patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente

Hipótesis Secundaria de la Hipótesis Principal 2

La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.

1.6.2. Identificación de Variables.

Variables	Indicadores
Familia	Madre menor Hijo de una madre menor
Menor de edad	Sujeto de Derechos Objeto de Protección
Doctrina de la protección integral	Derechos fundamentales del menor Menor de edad como persona libre
Doctrina de la Situación Irregular	Menor incapaz Tutela
Defensorías del Niño y Adolescente	Defensa de derechos fundamentales
Patria Potestad	<ul style="list-style-type: none"> • Representación del hijo • Tenencia • Alimentos • Toma de decisiones • Reglas de conducta • Solución de conflictos
Restricción de ejercicio de la Patria Potestad	Incapacidad Intervención de adultos

1.7. AMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN

El ámbito espacial es Lima Metropolitana, por lo que la investigación se desarrollará en las Defensorías del Niño, Niña y Adolescente ubicadas en los 49 Distritos comprendidos en la zona urbana limeña y colindante a ella, donde viven personas que todos los días viajan desde sus hogares hasta sus trabajos.

El ámbito temporal comprende los años 2000 - 2012, periodo en el que está vigente el Código de los Niños y Adolescentes que regula el funcionamiento de las Defensorías, las cuales vienen funcionando desde el año 1996. Se busca conocer cómo es que en este periodo las madres menores de edad capaces de discernimiento han venido ejerciendo la patria potestad en las Defensorías.

1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente investigación es un estudio descriptivo, que “consiste en describir situaciones, eventos y hechos. Cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno”⁸. Específicamente el fenómeno del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de defensorías del sistema nacional de atención integral al niño y al adolescente.

Enfoque integrado multimodal (triangulación): Siendo un estudio cualitativo con componentes cuantitativos.

Cualitativa: Pues se va a tomar en cuenta el entendimiento del contexto donde ocurre el fenómeno investigado (el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Protección Integral del Niño y del Adolescente).

⁸ HERNANDEZ SAMÍERI, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Collado. “Metodología de la Investigación”. 3º Edic. Mc Grau-Hill Interamericana. México, 2003, p. 117.

Cuantitativa: En tanto que se va a describir y medir el porcentaje de Defensorías que restringen el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento.

1.9. POBLACIÓN DE ESTUDIO: El universo está constituido por el total de Defensorías del Niño y del Adolescente del Sistema Nacional de Atención Integral de los Niños y Adolescentes registradas en Lima Metropolitana: 136 Defensorías.

1.10 TAMAÑO DE MUESTRA: Para calcular el tamaño muestra para la presente investigación hemos acudido a una fórmula estadística que nos permite obtener la estimación de proporciones poblacionales tomando en cuenta el nivel de confianza al que queremos trabajar, en la presente investigación al 95%, y cuál es el error máximo que estamos dispuestos a admitir en nuestra estimación, en la presente investigación, el 12%. La fórmula que nos permitirá determinar el tamaño muestral es la siguiente:

$$n = \frac{N z_{\alpha/2}^2 P(1-P)}{(N-1)e^2 + z_{\alpha/2}^2 P(1-P)}$$

Donde:

$z_{\alpha/2}$: corresponde al nivel de confianza elegido = 0.95
P : proporción de una categoría de la variable = 0.5
e : error máximo = 0.12
N : tamaño de la población= 136

Con lo que se obtiene que un tamaño de muestra, representativo de la población de 136 Defensorías en Lima Metropolitana, son 35 Defensorías, a las cuales se le aplicarán las técnicas de recolección de datos que nos permitan contrastar nuestras hipótesis.

1.11. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas de investigación social que han sido seleccionadas de entre las disponibles en el campo de la investigación social se encuentran estrechamente ligadas a una serie de criterios previos, que delimitan su idoneidad para la producción de información relevante, para dar respuesta tanto a la hipótesis planteada, como por ser capaces de proporcionar unos contenidos específicos dirigidos a responder a los objetivos de la investigación, éstas son:

- La entrevista estructurada, aplicada a los encargados o representantes de las Defensorías del niño, niña y adolescente del Sistema de Atención Integral del Niño y del Adolescente, registrados en Lima Metropolitana, en la muestra de 35 Defensorías.
- Revisión de documentos de atención de las Defensorías del niño, niña y adolescente del Sistema de Atención Integral del Niño y del Adolescente, registrados en Lima Metropolitana, tales como Fichas de Recepción de Casos y Relato de los Hechos, Fichas de Derivación de Atención Especializada, Fichas de Entrevista, Fichas de seguimiento, Actas de Conciliación y Actas de Compromiso, en la muestra de 35 Defensorías.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO FILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN: EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD DE LA MADRE MENOR DE EDAD

El tema más discutible en la presente investigación es el reconocimiento de la posibilidad de adoptar decisiones, en representación de sus hijos, a las madres menores de edad capaces de discernimiento, puesto que aún resulta polémico el reconocimiento de su propia autodeterminación y de su facultad para tomar decisiones libres y responsables por sí mismas. El derecho al ejercicio de la patria potestad, como conjunto de facultades personalísimas, es una manifestación del derecho a la libertad, sin embargo es preciso aclarar cuál es el contenido y los límites de este derecho cuando la titular es una madre menor de edad.

El fundamento material del Estado de Derecho moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII.

Dicho fundamento está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado.

Si bien es cierto, en un inicio esta libertad sólo fue reconocida a los burgueses varones mayores de edad, hoy rige el principio de la universalidad de los derechos humanos según la cual, la regla general es que todo ser

humano es titular de los derechos fundamentales y la restricción a su ejercicio es la excepción que, no sólo debe estar establecida en la ley, sino también debe ser razonable y en ningún caso afectar la dignidad de ninguna persona, sea varón mayor de edad, indígena, mujer, niño, madre menor de edad, etc.

Desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante la doctrina de la protección integral, quedó claro que los niños, como sujetos de derecho, cuentan, por lo menos, con los mismos derechos fundamentales con los que cuentan las personas adultas en un Estado de Derecho. El hecho de que los niños cuenten con derechos específicos a cuidados y asistencia especiales a su favor, no quiere decir que no sean titulares de los derechos inherentes a la persona humana.

La postura anterior y contraria a la protección integral del niño es la ideología tutelar paternalista de la doctrina de la situación irregular donde se tutela al menor porque se lo considera inferior, tal como en su momento se tuteló a los indios, a los negros y a las mujeres, considerados incapaces, frente a lo cual surge el descubrimiento de que los menores de edad son personas, y en tanto personas son titulares del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, lo que no resulta fácil es determinar en qué consiste este derecho.

Si hablar de libertad es de por sí complicado, el tema de la libertad de los menores de edad lo es aún más, puesto que “aunque la libertad es un principio jurídico, lo cierto es que sus fundamentos son pre jurídicos. Hay cuestiones filosóficas, económicas, políticas, sociológicas y hasta psicológicas relacionadas con la libertad”⁹, cuestiones que se singularizan cuando hablamos de madres menores de edad.

⁹CARBONELL, Miguel. “La libertad. Dilemas, retos y tensiones”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008, p. XIX.

Es por ello que en el presente apartado luego de aclarar en qué consiste la teoría de la protección integral del niño, vamos a desarrollar el contenido del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, iniciando con la concepción de libertad como autonomía de Immanuel Kant, autonomía que no es ilimitada por lo que veremos el tema del paternalismo, desde John Stuart Mill y desde la perspectiva del Tribunal Constitucional peruano, libertad negativa y positiva, autonomía privada y el contenido del derecho a la libertad de los menores de edad para lo que se tomará en cuenta el interés superior del niño como principio que rige para toda actividad relacionada con ellos, así como el principio de la autonomía progresiva de los menores.

2.1.1. Teoría de la Protección Integral del Niño

El concepto de protección integral de la infancia se esparció por América Latina durante la década de los 90, inmediatamente a la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, existió un intenso proceso de reforma legislativa en esta materia que llevó a la transformación del concepto de protección de los menores bajo tres bases sobre las cuales se construye la Teoría de la Protección Integral: el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral, de esta forma el concepto de protección integral se convirtió en un concepto que sirve para promover la Convención como una doctrina nueva, con vida y contenido propios.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de

Riad”, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 fueron desarrollando la doctrina de la protección integral de los niños y adolescentes. Esto implica considerar al niño como sujeto pleno de derechos y reconocer las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos.

Asimismo, recogen esta teoría el pionero Estatuto da Criança y do Adolescente adoptado por Brasil en 1990, que no sólo emplea el concepto de protección integral sino que lo identifica como la finalidad única de la ley; asimismo lo hace el Código del Menor de Bolivia de 1992 que fue derogado por el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999; el Código del Menores de Ecuador de 1992 suprimido por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003; el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes adoptado por la República Dominicana en 1994, sustituido por el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de 2003; el Código de los Niños y Adolescentes de 1992 en Perú, que fue sustituida por el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes de 2000; y el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, de 1998, fue derogado por otro con el mismo título en 2003.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto del año 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, adopta la Teoría de la Protección Integral del Niño.

En sus intervenciones escritas y orales, en la mencionada Opinión Consultiva la Comisión Interamericana manifestó:

“La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Este sistema se

caracteriza por: reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar de sus derechos.

Con este nuevo modelo, los Estado se comprometen a transformar su relación con la infancia, abandonando la concepción del niño como incapaz y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los instrumentos internacionales con mayor número de ratificaciones, no todos los países en el continente americano han armonizado sus legislaciones con los principios establecidos en ella, y los que lo han hecho han enfrentado dificultades para llevarlos a la práctica.

En el sistema interamericano, el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso donde esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye, según el artículo 8 y 25 de la Convención Americana cualquier procedimiento administrativo”.

Finalmente, por seis votos contra uno la Corte Interamericana llega a emitir 13 opiniones, me interesa resaltar las dos primeras:

1. De conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados

como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

De la misma forma el Tribunal Constitucional peruano al interpretar que el Principio del Interés superior del Niño forma parte del bloque de constitucionalidad¹⁰, ante la pregunta sobre qué derechos deberán ser protegidos y garantizados por el Estado, el Tribunal Constitucional responde “todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú”¹¹, en tanto, se debe tomar en consideración al niño, niña y al adolescente como sujetos de derechos y no como objetos de protección¹². Uno de estos derechos humanos cuya titularidad del menor es incuestionable es el derecho a la libertad.

2.1.2. La libertad como autonomía en Immanuel Kant

El problema clásico de la libertad, definido y desarrollado a lo largo de siglos de trabajo por parte de filósofos, teólogos y científicos, plantea la pregunta de si la constitución del mundo es tal que nos permite tomar decisiones genuinamente libres y responsables¹³.

Pocos años antes de la revolución francesa, en su Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, había expresado de modo más completo los valores últimos del racionalismo ilustrado que le habría paso a los ideales liberales que son base axiológica del ordenamiento jurídico actual.

¹⁰ Párrafo 9. Resolución 03247-2008-HC del Tribunal Constitucional (03 de febrero del 2009), Párrafo 45 del Expediente N° 0052-2004-AA/TC y Párrafo 12 de los fundamentos de la sentencia recaída en el Exp. N°6165-2005-HC/TC (6de diciembre d 2005).

¹¹ Resolución 03247-2008-HC.

¹² Ibid.

¹³ DENNETT, Daniel. “La Evolución de la Libertad”. Editorial Paidós Ibérica. Barcelona, 2003. Pp. 24.

Derecho natural del hombre hay uno únicamente, la libertad, decía Kant, para quien libertad equivale a autonomía de la voluntad¹⁴, la capacidad de los seres racionales para determinarse a obrar según leyes que son dadas por su propia razón.

Para Kant, en la naturaleza cada cosa actúa siguiendo ciertas leyes, sólo el ser racional posee la facultad de autolegislar o auto determinar su accionar, pues posee voluntad. En efecto etimológicamente autonomía proviene de las voces auto (propio) y nomia (norma). Para Kant la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, es la constitución de la voluntad, por la cual es ella misma una ley.

Pero no todas las acciones de los seres racionales son dirigidas por las leyes de la razón, su voluntad también es dirigida por leyes naturales como las inclinaciones, las necesidades y los instintos. Sólo en los santos coinciden las leyes naturales en la misma dirección de las leyes racionales; el hombre común, es propicio a la dirección del instinto natural, pero tiene el deber de cumplir con las leyes que le dicta la razón que es lo que los hace seres morales y libres.

Estas leyes deben ser concordantes con ciertos imperativos categóricos que son leyes universales. En efecto libertad no significa no tener límites, “ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción”¹⁵, es por eso que existe una legalidad universal de las acciones en general. La libertad práctica no puede confundirse con la anarquía o la arbitrariedad. Antes bien, la libertad práctica

¹⁴¿Qué puede ser, pues, la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma? KANT, Immanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Trad. Manuel García Morente. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa. San Juan de Puerto Rico, 2007. Pp. 60.

¹⁵KANT, Immanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Ob. Cit. Pp. 7.

exige que la voluntad se ajuste a la lógica y coherente legalidad de la racionalidad humana¹⁶.

Solamente si la decisión humana queda sujeta a argumentos y principios racionales, habla Kant de la libertad en un sentido estricto, y a decir verdad de la libertad de la voluntad y de la libertad moral.

La idea de responsabilidad y obligatoriedad del obrar humano sólo cobra sentido si, y sólo si, se presupone la posibilidad de acciones libres. De lo contrario, amenazaría el peligro del fatalismo como consecuencia subjetiva de reconocer que todo acontecimiento es determinable naturalmente.

Según Kant, la autodeterminación sólo puede llegar a ser pensada como libre supeditación de la voluntad a una ley dada a sí misma, bajo el principio formal imperativo categórico, por medio del cual ha de comprobarse la ausencia de contradicción en las máximas subjetivas bajo la condición de una universalidad estricta. Sólo esto garantiza la conformidad de las máximas para la acción bajo criterios generales de racionalidad y, con ello, la exclusión de los motivos privados y los impulsos sensibles. De este modo, la libertad de la voluntad, la autonomía y la racionalidad quedan estrechamente entrelazadas.

Sin embargo, autoras como Herta Nagl-Docekal advierten que para Kant, sólo los varones adultos son morales¹⁷, en efecto al responder a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?, explica que es la salida del hombre de su minoría de edad. “La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no yace en un defecto del

¹⁶WAGNER, Astrid. “Libertad estética y libertad práctica. La Crítica del Discernimiento y su incidencia en el concepto kantiano de libertad moral”. En: ISEGORÍA/30 (2004). Pp. 165.

¹⁷NAGL-DOCEKAL, Herta. “Ética Femenina: Cómo puede beneficiarse de la Filosofía Moral de Kant”. En: “Interpretación Feminista de Immanuel Kant”. Editado por RobinMaySchott. Universidad Estatal de Pensilvania. Pp. 102.

entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro”¹⁸.

Para Kant, si bien los humanos son iguales en lo que se refiere a su capacidad de autodeterminación, es precisamente por el uso de esta facultad que aparecen diferencias entre ellos. Todas las personas tenemos la capacidad de autodeterminación, pero cada cual la aplica de diferente manera, pues cada quien escoge de forma individual sus fines.

Generalmente las feministas consideran a la postura kantiana como misógina¹⁹ puesto que numerosos estudios muestran cómo la cara vista de la ética kantiana (emancipación, libertad, ciudadanía, derechos y demás bagaje ilustrado) se apoya en una cara oculta mucho más siniestra que limita el acceso a las realidades que esos conceptos refieren, de entre otros, los menores de edad, las mujeres y peor aún las mujeres menores de edad.

Lo cual convierte en extraño acudir a Kant en una tesis que se fundamenta en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres menores de edad, población doblemente excluida del grupo al cual el filósofo alemán reconoce autonomía.

Sin embargo Kant debe ser entendido desde la sociedad de su época, el siglo XVIII, el universalismo formal kantiano contiene elementos de indudable utilidad para fundamentar toda libertad, por lo que no debe ser entendido literalmente. Kant no consideró autónomos a los menores de edad, ni a las

¹⁸ KANT, Immanuel. “¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia”. Trad. Roberto Aramayo. Alianza Editorial. Madrid, 2004.

¹⁹ VILLARMEA, Stella. “En el corazón de la libertad: el universalismo kantiano desde una aproximación de género”. En: DOXA: Series Filosóficas N° 18, 2004 pp. 321. UNED, Madrid. La autora de este ensayo cita alguna de las frases que sustentan el alejamiento de las feministas de Kant, tales como “La mujer es animal doméstico. El hombre camina por delante con las armas en la mano, y la mujer con la carga de los enseres de la casa”; “En lo que respecta a las mujeres cultivadas, éstas necesitan de sus libros acaso tanto como de su reloj; a saber, lo llevan para que se vea que tienen uno, tanto si está como si no está puesto en hora con relación al sol”; “Una mujer letrada, que tenga la cabeza llena de griego, como la Señora Dacier, o que sostenga discusiones profundas sobre mecánica, como la Marquesa de Chatelet, tendrá que tener barba; porque ésta expresaría mejor la imagen del pensamiento sesudo por el que luchan”.

mujeres pero otorgó postulados, los imperativos categóricos que regulan el ámbito dentro del cual el ser racional puede autorregularse. Si estos imperativos categóricos admiten que las madres menores de edad son autónomas, que su voluntad está en capacidad de actuar por un motivo de respeto a la ley moral o deber (por qué lo quiero hacer) y por una intención que es conforme a la ley moral (qué quiero hacer), entonces una regulación que reconozca autonomía a las madres menores de edad será una norma moral de nuestra sociedad.

Los imperativos categóricos kantianos son la igualdad formal, es decir, el imperativo de la universalidad que ordena al ser humano a obrar de modo que quisiera ver convertidas en leyes universales las máximas de su conducta; la dignidad, es decir, el imperativo de los fines, que ordena nunca tratar a un ser humano solo como simple medio, sino como un fin en sí mismo; y la libertad, es decir, el imperativo de la autonomía, que ordena no afectar la voluntad de un ser humano ejercida de tal modo que no violente la voluntad ajena.

Es justamente la universalidad, el imperativo que, en nuestros tiempos, no permitiría la exclusión de ningún grupo humano, por lo que, en obediencia a este principio, no sería aceptable desconocer la voluntad (imperativo de la autonomía) ni de las mujeres, ni de los menores de edad como en su momento lo afirmó Kant.

2.1.3. El Paternalismo

2.1.3.1. John Stuart Mill

En la Inglaterra del siglo XIX, John Stuart Mill dio a conocer su ensayo “Sobre la libertad”, donde expone que la sociedad no puede legislar sobre la vida privada, más bien al contrario, la libertad es el derecho a la no-

interferencia y, por ello, conlleva la protección de la diversidad contra toda opresión, entre las cuales la más temible es la que proviene del poder de una opinión pública que pretenda imponer cualesquiera costumbres o creencias. La libertad no consiste en someterse a la ley del número, ni debe ser limitada por la tiranía de la mayoría.

Quizá la mayor aportación de este autor clásico a la comprensión de los alcances de la libertad y a la definición de las fronteras entre libertad y dominio, consiste en su clásica enunciación del llamado principio de daño. Este principio se basa en la idea de que deberíamos hacer todo aquello que no dañe a otros, según sus propias palabras:

“Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de hacerlo porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirlo o suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano²⁰.

²⁰MILL, John Stuart. “Sobre la Libertad”. Edit. Alianza. Madrid, 1997. Pp. 94 y 95.

Con lo que señala una frontera intransferible para los poderes públicos y para los poderes privados: la que concierne al cuerpo de las personas y a los actos humanos que no trasciendan hacia la esfera jurídica o moral de los demás. Esa frontera es la que señala, en un primer momento, hasta donde pueden llegar las reglas del derecho o de la ética. La soberanía sobre el propio cuerpo se proyecta en una serie de cuestiones tan dispares como el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, los tatuajes, las prácticas sexuales, etcétera.

Para el liberalismo, a partir de los postulados de Mill, la autonomía de la persona entendida como valor socialmente compartido no puede permitir que el Estado determine cuáles son las formas de vida que merecen la pena y cuales no²¹. Cada individuo lo decidiría con la limitación de no dañar a los demás, somos libres para llevar a cabo una conducta, siempre que esa conducta no dañe a los demás.

La intervención del estado en los actos privados que no afecten a terceros, con la justificación de proteger a la propia persona que realiza dichos actos es denominada “paternalista”.

Desde este enfoque se sostiene que en el Estado Constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, en tanto afecta la autonomía moral y la libertad de elección del ser humano.

La única medida paternalista que Mill acepta en su ensayo es aquella que busque proteger de manera especial a personas que no sean capaces de ejercer cabalmente su libertad, como en el caso de los niños. Según él: “Los que están todavía en una situación que exige que sean cuidados por otros,

²¹ROSENKRATZ, Carlos F. “El valor de la Autonomía”. En: La Autonomía Personal. CEC. Madrid, 1992, p 13.

deben ser protegidos contra sus propios actos, tanto como contra los daños exteriores”²².

Un paternalismo permitido es el que se produce en materia familiar y educativa, para proteger a los menores de edad que todavía no pueden desarrollar sus planes de vida de forma autónoma. Siempre y cuando esté dirigido a fomentar el máximo grado de autonomía de las menores, sin sujetar de forma completa el ejercicio de esa autonomía a una visión concreta de la misma. Esta idea justificaría las limitaciones que existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países democráticos respecto a la capacidad de los menores de edad de ser titulares o ejercer por sí mismos algunos derechos fundamentales sin embargo dichas limitaciones deben estar justificadas.

El importante lugar que ocupa el principio de daño en la construcción teórica de Mill sobre la libertad, nos podría hacer pensar que nuestro autor defiende una posición puramente negativa de la libertad, entendiendo que dicha libertad abarca la protección de una esfera impenetrable por los poderes públicos y por los particulares, dentro de la cual podríamos actuar como consideremos oportuno. Pero Mill no se queda ahí, sino que en su famoso ensayo enuncia algunos rasgos de la libertad en la línea de lo que ya en el siglo XX Isaiah Berlin llamó “libertad positiva”, a la que algunos autores denominan “autonomía”.

La autonomía, en otras palabras, no pasa inadvertida para Mill, aunque no la alcanza a construir con tanta contundencia como lo hicieron otros autores después de él. Hay, pese a todo, algunas frases en Sobre la libertad que nos pudieran hacer pensar en una visión de Mill inclinada no solamente hacia la libertad negativa, sino también hacia la libertad positiva o hacia la autonomía personal. Por ejemplo, cuando escribe que la libertad humana “comprende,

²²MILL, John Stuart. “Sobre la Libertad”. Ob. Cit., p. 95.

primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y de sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas”²³. Algunas modalidades de libertad así entendida suponen no solamente ausencia de impedimentos, sino también el ejercicio de la voluntad para definir prioridades, objetivos, valores, etcétera.

Todavía queda más clara la presencia de un asomo de libertad positiva en la siguiente frase de Mill:

La libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudique, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada²⁴.

En una palabra, Mill habla en esta frase de autonomía personal, no de mera ausencia de impedimentos. Lo hace también cuando invita a sus lectores a no dejarse guiar por terceros en las cuestiones que más importan, a determinar sus propios planes y establecer sus metas de vida; sus palabras son:

El que deje al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos. El que escoge por sí mismo un plan, emplea todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el razonamiento y el juicio para prever, la actividad para reunir los materiales de la decisión, el discernimiento para decidir, y cuando ha

²³ MILL, John Stuart. Op. cit., p. 98.

²⁴Idem.

decidido, la firmeza y el autodomínio (self-control) para sostener su deliberada decisión²⁵.

2.1.3.2. El Tribunal Constitucional Peruano frente al Paternalismo

En su sentencia N° 0032-2010-AI del 19 de julio del año 2011, el Tribunal Constitucional peruano resuelve un proceso de inconstitucionalidad contra la Ley General para la prevención de los riesgos del consumo de Tabaco, Ley 28705. Caso en el que los demandantes, 5,000 ciudadanos, consideran que la Ley a la que se oponen contiene inaceptables medidas paternalistas que restringen arbitrariamente su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

El Tribunal acepta que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, contenidas en la ley impugnada, en tanto restricciones a la libertad de fumar, constituyen, a su vez, restricciones al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Aclara que tales prohibiciones solo resultarán constitucionales en la medida de que sean respetuosas del principio de proporcionalidad, y que las medidas paternalistas deben ser excepcionales, pero que no necesariamente son inconstitucionales, puesto que si la restricción a la libertad que importan es mínima y la protección es necesaria, estamos frente a medidas paternalistas legítimas. Finalmente el Tribunal establece que las medidas contenidas en la Ley recurrida son constitucionales, por lo que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28705.

Según el propio colegiado “establecido como una de las reglas que subyace al reconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades de conciencia y expresión, es la imposibilidad de que el Estado instaure medidas jurídicas paternalistas, es preciso

²⁵Ibidem, p. 168.

destacar que dicha regla, como todas en el Estado Constitucional, no es absoluta, sino prima facie. Y es que tal como lo ha referido Francisco Laporta, es posible convenir en supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria o como dice Ernesto Garzón Valdés, en que ella puede llegar a tener un elevado grado de plausibilidad o en palabras de Carlos S. Nino, en que ella se encuentra ampliamente justificada. Es decir bajo ciertas circunstancias excepcionales, los poderes públicos pueden adoptar medidas que limiten el libre desarrollo de la personalidad, teniendo como exclusiva finalidad el bien de la propia persona limitada en su libertad”²⁶.

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales, limitando la posibilidad del ejercicio de su autonomía moral. Por el contrario, el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso.

En primer término, no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.

²⁶STC N° 0032-2010-AI.Fundamento 50.

En segundo lugar, cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía.

Ahora bien, es verdad que la intensidad en el sacrificio de la libertad, en salvaguarda de los derechos del propio ser humano que la ejerce, puede variar dependiendo del caso, por lo que más allá de la lógica que pueda resultar a primera vista la medida paternalista, es preciso valorar detenidamente las circunstancias en función de cada persona en particular. Por ejemplo, no es lo mismo exigir el uso del casco a un conductor de motocicleta o a un obrero de construcción civil que quiera evitar su uso por una cuestión llanamente estética, que a aquel que se rehúse a usarlo porque es un principio fundamental de su religión que los hombres solo puedan cubrir su cabeza con un turbante. Es el caso, por ejemplo, de quienes profesan la religión india sij. De ahí el artículo 16.2. de la Road Traffic Act de 1988 y el artículo 11° de la Employment Act de 1989 en el Reino Unido, permiten a quienes profesan esta religión exceptuarse de la obligación de llevar el casco al viajar en moto y en las actividades de construcción, respectivamente²⁷.

Una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional, cuando se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata

²⁷STC N° 0032-2010-AI. Fundamento 55.

de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano.

A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los ciudadanos determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado perfeccionismo o moralismo jurídico, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores de aquel a quien se dirige la medida. Estas por el contrario son compatibles con la Constitución, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y la superación del denominado test de proporcionalidad.

2.1.4. Libertad Negativa y Libertad Positiva.

Como todo derecho fundamental el derecho a la libertad tiene una doble dimensión, una dimensión negativa, y una positiva.

- **Libertad Negativa**

Isaiah Berlin nos indica que la libertad negativa equivale a la no interferencia, a la posibilidad de actuar como mejor nos lo parezca sin que nadie se interponga u obstaculice nuestros actos.

Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad... la libertad

política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran²⁸.

Se trataría de contar con un espacio exento de coacción. La coacción y la libertad guardarían una relación simétrica a la inversa: cuanto más crece una más pequeña se hace la otra y viceversa.

En principio, las fronteras de la libertad en sentido negativo estarían fijadas, según Berlin, por el ámbito de la vida privada. En la medida en que una persona realice actividades privadas no debe ser importunada en modo alguno. Berlin acepta que es discutible hasta dónde llega la vida privada y dónde comienza la vida pública dentro de cuyo espacio puede imponerse la coacción y, en esa virtud, limitarse la libertad. “Dónde tenga que trazarse esa frontera es cuestión a debatir y, desde luego, a negociar. Los hombres son muy interdependientes y ninguna actividad humana tiene un carácter tan privado como para obstaculizar en algún sentido la vida de los demás”²⁹.

La cesión de nuestra libertad puede llegar hasta un determinado punto: “Aquel que un hombre no puede ceder sin ofender la esencia de la libertad humana”³⁰.

Bobbio utilizó en su momento la misma nomenclatura que Berlin para referirse a la libertad. En uno de sus más conocidos ensayos, Bobbio nos indica que la libertad negativa se puede definir como “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”³¹. Esta libertad supone que no hay impedimentos para realizar alguna conducta por parte de una determinada

²⁸ BERLIN, Isaiah. “Sobre la libertad” Edit. Alianza Editorial. Madrid, 2004, p. 208.

²⁹ Ibidem, p. 208.

³⁰ Ibidem, p. 212.

³¹ BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”. Edit. Paidós. Barcelona, 1993, p. 97.

persona (ausencia de obstáculos), así como la ausencia de constricciones, es decir, la no existencia de obligaciones de realizar determinada conducta.

La figura deóntica que identifica a la libertad negativa dentro de un ordenamiento jurídico es la permisión³²; por ejemplo, un enunciado normativo de este tipo diría: “El sujeto A es libre de hacer X en relación con el sujeto B o en relación con todos los sujetos de la comunidad política C”.

Concretando lo anterior podemos decir, como lo escribe Francisco Laporta, que desde el punto de vista jurídico-político hay libertad para actuar de una determinada manera cuando no existe norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía existe una norma que permita explícitamente actuar de este modo.

Como recuerda Bobbio³³, ya en los primeros desarrollos del pensamiento ilustrado se encuentran las ideas básicas sobre la libertad negativa. Así, por ejemplo, Hobbes sostiene que:

Dado que las leyes nunca han limitado ni pueden limitar todos los movimientos y acciones de los ciudadanos en vista de su variedad, quedan necesariamente innumerables cosas que las leyes no ordenan ni prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. Con respecto de ellas se dice que cada uno goza de su libertad, debiéndose entender, en este caso, que la libertad es aquella parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos.

Cercana a esta concepción de Hobbes es la que sostiene Locke, que identifica al estado de naturaleza como el reino de la libertad absoluta; el estado de naturaleza, sostiene es un Estado de perfecta libertad para que

³²ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp. 211 y ss.

³³BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”. Ob. cit. p. 99.

cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso no depender de la voluntad de ningún hombre.

El mismo Locke escribió que la libertad de los hombres bajo el gobierno consiste en una libertad que me permite seguir mi propia voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre.

La influencia de Rousseau; para quien “la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad” y de Montesquieu quien sostiene que “la libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten”; sobre los primeros textos constitucionales se ilustra con el artículo 4° de la Declaración francesa de 1789, que comienza afirmando que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros”.

- **Libertad Positiva**

La libertad positiva nos dice Bobbio, puede definirse como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”³⁴. Si la libertad negativa se entiende como la ausencia de obstáculos o constricciones, la positiva se entiende como la presencia de un elemento crucial: la voluntad, el querer hacer algo, la facultad de elegir un objetivo, una meta. La libertad positiva es casi un sinónimo de la autonomía.

Mientras que la libertad negativa tiene que ver con la esfera de las acciones, la positiva se relaciona con la esfera de la voluntad. Como señala Bobbio, “la libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad”³⁵; o en palabras de Berlin, “el sentido positivo de la libertad sale a relucir, no si intentamos responder a la pregunta que soy

³⁴BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”. Ob. cit. p. 100.

³⁵Ibidem, p. 102.

libre de hacer o ser, sino si intentamos responder a por quién estoy gobernado o quien tiene que decir lo que yo tengo que ser o hacer”³⁶.

2.1.5. Autonomía Privada

La autonomía privada es la expresión originaria de la libertad. Sobre tal postulado, Antonio López Pina cita a Ernst-Wolfgang Bockenforde: “A la distinción entre Estado y sociedad subyace la idea del individuo que se autogobierna, cuya autonomía respecto del Estado debe ser preservada. A él sirve la dicotomía de libertad privada y vinculación estatal. Ello da lugar a un reparto de las justificaciones: no es el individuo que ejerce su libertad el que ha de dar razón de ello; es el Estado que interviene en tal derecho de libertad el que ha de justificarse. El Estado tiene encomendadas tareas limitadas, en particular la garantía de la paz, la seguridad y la libertad. Las intervenciones del Estado en la libertad individual solamente serán, así, válidas, en la medida que sean necesarias para satisfacer tales tareas; sólo con tal reserva estamos dispuestos a otorgar al Estado la competencia sobre la competencia”³⁷.

En otras palabras, los derechos fundamentales formalizan la dicotomía, por principios, de la libertad para el individuo y acción reglada para los poderes públicos. Para los privados se crea una franquicia de autonomía libre de Derecho, para lo público se fija una vinculación al Derecho. Mientras que para los particulares el Derecho incide sólo definiendo externamente los límites de lo que es lícito, los poderes públicos disponen de menos discrecionalidad, habiendo de actuar conforme a un principio reglado de competencia y responsabilidad; la disposición de los órganos del Estado sirve simultáneamente como mecanismo de limitación funcional del poder público.

³⁶ BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de Libertad”. Ob. cit. p. 216.

³⁷ LÓPEZ PINA, Antonio. “La Autonomía y los Derechos Fundamentales. Los Intereses Generales, Mandato Constitucional”. En: Teoría y Realidad Constitucional. N°20, 2007. Madrid.

El amplio ámbito de libertad individual configurado mediante los derechos fundamentales por la Constitución cobra expresión en el art. 2 inc.24 literal a), como derecho general de libertad y rúbrica de todos los derechos. Tal libre desarrollo de la personalidad comporta el derecho de cada individuo, al fin de la mejor realización personal, a hacer y dejar de hacer a voluntad a tenor de las propias capacidades. Los ámbitos especiales de la autonomía privada garantizados constitucionalmente son comprendidos por cada uno de los derechos fundamentales en concreto.

Ahora bien, desde el principio, autonomía privada significa más que la mera defensa frente a intervenciones del Estado limitadoras de los derechos individuales. La autonomía privada solo puede ejercerse si existe un orden jurídico del Estado que reconoce como vinculante lo contractualmente querido y hace posible que se lleve jurídicamente a la práctica. El tráfico jurídico privado no puede discurrir en un espacio no reglado por el Estado: el interés individual conlleva, así, de un lado, que el tráfico discurra libremente sin intervención estatal y, de otro, que una regulación pública haga posible el ejercicio de la libertad.

Adicionalmente, más allá de asegurar al individuo un ámbito de libertad frente al Estado, los derechos fundamentales garantizan al particular frente a terceros un derecho a protección por el Estado. Dotada de los derechos fundamentales como facultades subjetivas y amparadas por la obligación de protección a cargo del Estado, la autonomía privada aparece así como pieza estructural de un orden social en libertad.

Los derechos fundamentales delimitan la relación entre esfera privada y la esfera pública en un doble sentido: si aquellos limitan la intervención del Estado, el interés público justifica, a su vez, la limitación de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales no son así, garantizados sin límites. Más bien existen intereses generales que justifican, a su vez, la limitación de

aquellos por el Estado. En el bien entendido de que intereses privados e interés público no constituyen comportamientos estancos; son categorías para la búsqueda de un orden en el que la voluntad de cada uno sea conciliable con la voluntad de los demás bajo una ley general de libertad (Kant).

La interferencia o vulneración de la libertad individual, acontece cuando las decisiones o acciones de un individuo son controladas por otro, hasta el punto que tales acciones o decisiones no responden a los propios designios.

El menor de edad es una persona libre, autónoma, existen limitaciones al ejercicio de esta autonomía sin embargo, ello no significa que el menor de edad sea incapaz, el menor de edad es capaz, pero su capacidad es especial, progresiva.

Sin embargo no se puede negar que la atribución de autonomía a los niños, involucra esencialmente la muy compleja cuestión de determinar cuándo los menores están en condiciones físicas y mentales de ejercitar el grado de autonomía que la ley procura asegurarles. Una respuesta a esta cuestión está aún lejos de ser definitiva pero en el caso específico de las madres menores capaces de discernimiento que acuden a una defensoría requiriendo de sus servicios, considero que se evidencia la suficiente capacidad de representar el interés de sus menores hijos.

En efecto, bajo las circunstancias señaladas la concepción le otorga un estatus diferente a una menor, lo cual la distingue de sus coetáneas que aún no ha pasado por dicha experiencia, estatus reconocido por diferentes ciencias, y que el Derecho no puede ignorar. Una madre menor de edad, siempre que tenga discernimiento, no puede ser tratada como los demás menores de edad, por regla se le debe reconocer plena capacidad para ejercer la patria potestad a favor de su hijo, y por excepción, si se demuestra

que esto la perjudica a ella y/o a su hijo se le negará la posibilidad de ejercer el conjunto de derechos y deberes que comprende la patria potestad.

El reconocimiento de la capacidad de una madre menor para ejercer la patria potestad a favor de su hijo no se limita al ámbito judicial, donde están claros los mecanismos con los que cuenta el Juez para una decisión acertada a este respecto, sino que también comprende a todo funcionario o servidor público, incluso en el ámbito privado a donde acuda la madre menor de edad, así lo establece el interés superior del niño.

En el ámbito administrativo, la madre tiene la facultad de representar a su hijo, sobre todo cuando la finalidad de la institución administrativa es la protección de los menores de edad como ocurre con las Defensorías, por lo que haciendo una interpretación Convencional, toda Defensoría de los Niños debería atender a las madres menores capaces de discernimiento sin restricción alguna.

2.1.6. CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS MENORES DE EDAD

Como dijo el pedagogo JanuszKorczak, citado por Grosman, “es deplorable que el niño deba cargar el fardo de sus deberes del hombre del mañana sin darle los derechos del hombre de hoy”³⁸. Con respecto a la libertad de los menores de edad, es un derecho humano que le corresponde en tanto individuo, sin embargo es necesario saber cuál es el contenido de este derecho.

2.1.6.1. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, fue el primer tratado internacional que explicita la amplia gama de derechos civiles,

³⁸GROSMAN, Cecilia. “Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad”. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005, p. 47.

económicos, sociales y culturales que pertenecen a los niños. Las realidades que confronta la infancia pueden evaluarse en contraste con los compromisos a los cuales obliga a los Estados Partes.

La Convención, que es legalmente vinculante para los Estados Partes, detalla las normas y principios concernientes a la protección y promoción de los derechos de niños y niñas, en todas partes y en todo momento. La Convención hace hincapié en la complementariedad e interdependencia de los derechos fundamentales de los niños. A lo largo de sus 54 artículos y sus 2 Protocolos Facultativos, se establece una nueva visión del niño que combina el derecho a la protección del Estado, de los padres y madres y de las instituciones pertinentes con el reconocimiento de que el niño es poseedor de derechos y libertades. Todas las naciones del mundo, con excepción de tres –Somalia, Sudán del Sur y los Estados Unidos de América– han ratificado el documento. Esta amplia adopción demuestra una voluntad política común de proteger y garantizar los derechos de los niños.

Los valores de la Convención se derivan de la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 de Ginebra, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. La Convención aplica a todos los niños y niñas, definidos, por su art.1° como toda persona menor de 18 años o de la edad en que alcanza la mayoría, si ésta es menor. La Convención exige también, en su artículo 3°, que en todas las acciones que concierne a los niños, los mejores intereses del niño serán una consideración fundamental”, y que los Estados Partes “le garantizarán al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

El Perú la ratificó en 1990, comprometiéndose por tanto a adecuar su legislación; es así que se hizo necesario redactar un Código de los Niños y Adolescentes en el año 1992, posteriormente sustituido por lo que por mucho tiempo se denominó el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, aprobado

en el Congreso el 21 de julio del año 2000 mediante Ley N° 27337, promulgado el 2 de agosto del mismo año y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de agosto del mismo año, cuya modificación está en pleno debate al haberse aprobado en la Comisión de Justicia y derechos Humanos, el Anteproyecto de Ley presentado por la Comisión Especial Revisora de este Código, presidida por Juan Carlos Eguren, y cuyo principal aporte es el reconocimiento de la ciudadanía de los menores desde su nacimiento, su capacidad especial y el derecho de acceso a los servicios de orientación sexual y reproductiva para los menores desde los 14 años de edad.

Como mecanismo de cumplimiento de la Convención el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de sus órganos, se nutre y se complementa mutuamente con el Sistema Universal de Derechos Humanos, en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos. Así, en lo que concierne a la materia de niñez, es posible constatar que la interacción entre el sistema Interamericano y el Sistema Universal se ha dado fundamentalmente en el ámbito de desarrollo sustantivo, reconociendo y aplicando un corpus iuris de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que permite ejercer una influencia mutua; en el ámbito de la prueba, puesto que en el sistema americano cabe la posibilidad de presentar en el trámite de casos individuales como medio de prueba de una situación específica las observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos del Niño respecto al país al cual se imputa responsabilidad internacional; y en el ámbito de monitoreo y evaluación de situaciones generales, ambos sistemas analizan y evalúan la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en los Estados respectivos.

De la misma forma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de la Niñez la cual está a cargo de uno de los siete Comisionados designado por la propia Comisión

Interamericana de Derechos Humanos. En el período 2002-2003 fue relatora la ex comisionada Susana Villarán de la Puente.

El mandato principal de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez es la promoción de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes dentro de la jurisdicción de los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y por tanto trabajan en la sede de la Comisión a fin de dar cumplimiento a cada una de las funciones que se le han asignado en la promoción y la defensa de los derechos humanos.

A nivel interno, como señala la jurista Carmen Meza Ingar “Todas las cartas políticas del Perú han dado atención al concepto de “igualdad” pese a que los pobladores vivían en notoria desigualdad”³⁹. En efecto, durante la República se reconoció desde un inicio la garantía de una igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin embargo “hay habitantes que no ostentan el título de ciudadano”, entre ellos los esclavos, los indígenas, las mujeres y, hasta la actualidad, los menores de edad.

Situación que poco a poco fue cambiando, con la obtención de derechos de algunos sectores de la población, en 1948 se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con gran influencia en la legislación nacional.

Según la autora citada “las décadas de los sesenta y setenta fueron de protección de derechos y después emergía la corriente defensora de los “sujetos” de derechos, es decir, se revisaban los conceptos paternalistas, para dar contenido al derecho político de todos los seres humanos, a la igualdad ante la ley y la igualdad ante la justicia”⁴⁰.

³⁹MEZA INGAR, Carmen. “Los Derechos de los Niños en la República”. En: “Reflexiones de Fin de Siglo”. Exigráfica E.I.R.L. Lima, 1999.

⁴⁰Ibid.

La Constitución de 1979 significó elevar a rango constitucional los Derechos Humanos y con ello el pleno respeto de todos los peruanos, en base a la dignidad de cada uno.

Nuestra Constitución de 1993, además de reconocer todos los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación de edad, por lo que los menores son titulares de los derechos fundamentales, reconoce una protección especial a favor del menor en el artículo 4° de la Constitución: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”. Lo cual es concordante con el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual establece que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será al interés superior del niño”. Con lo cual existe una doble protección a favor del menor.

Con respecto a la protección al menor contenida en el artículo 4° de nuestra Constitución, Marcial Rubio Correa encuentra que esta norma tiene su antecedente en el artículo 52° de la Constitución de 1933 que establecía: “Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados”.

Igualmente el artículo 8° de la Constitución de 1979 establecía: “El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral”.

Según Marcial Rubio, respecto al artículo 4° de la Constitución de 1993 “La protección que se exige es especial en el caso del niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono. No queriendo decir en absoluto que si no lo están, no requieren la protección normal que dichas personas deben esperar en situaciones también cotidianas y que corresponden a un trato deferente de humano a humano”⁴¹.

Comentando este artículo, Alex Plácido sostiene que “los niños, adolescentes, madres y ancianos poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica, objetiva y razonablemente, el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos derivados de tales condiciones”⁴².

“De esta forma los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general”⁴³.

⁴¹ RUBIO CORREA, Marcial. “Estudios de la Constitución Política de 1993”. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. Pp. 17.

⁴² PLÁCIDO VICACHAGUA, Alex F. Protección del niño, la madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. En: “La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo”. T1. 1° edic. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006. Pp. 370.

⁴³ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Ob. Cit. Pp. 77.

Finalmente el Código de los Niños y Adolescentes que en el artículo II de su Título Preliminar establece que: “El niño y adolescente son sujeto de derechos, libertades y de protección específica. Deben de cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”.

Sin embargo, a decir de la doctora Carmen Meza Ingar a pesar de todos estos avances podemos advertir que continúan habiendo casos de discriminación mediante el derecho, uno de esos casos es la mala aplicación del artículo 43 inc. 1.

2.1.6.2. La Intervención del Estado en las Relaciones Familiares

La familia ha sufrido un proceso de privatización y sus integrantes día a día reasumen en mayor medida su independencia para organizar y determinar el contenido de sus relaciones. Como regla general el Estado no debe inmiscuirse en esta esfera íntima del individuo, según el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el cuidado y educación del niño, los padres son los primeros encargados de defender los intereses de sus hijos, ya que se considera que están mejor ubicados para garantizar su salud psicofísica y para saber qué es lo que más los beneficia.

Se presume que los padres se relacionan con el niño en términos de amor y altruismo. Se presume que el vínculo de filiación engendra un afecto y una responsabilidad merced a los cuales los progenitores, en su actuación, siempre buscarán el mejor interés del niño. El Estado juega un rol subsidiario en la vida familiar y en la socialización de los hijos; toda acción que invada esta esfera es vista como una amenaza a la diversidad social y a las libertades individuales.

2.1.6.3. Medidas Paternalistas justificadas aplicadas a los menores de edad

Existe unanimidad a nivel doctrinal en que las medidas paternalistas se justifican cuando buscan proteger a los menores de edad, quienes necesitan ser guiados por una voluntad distinta a la suya en muchos de sus actos, sin embargo esto no quiere decir que se desconozca la autonomía de los menores, puesto que también cuando se trata de niños las medidas que se pretendan imponerles tienen que estar justificadas tanto cuando es el Estado el que directamente restringe su libertad, como cuando se trata de sus maestros o sus propios padres cuyas órdenes o imposiciones pueden convertirse en arbitrarias por pertenecer al perfeccionismo o moralismo legal.

De esta forma el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 032-2010-AI establece que “los niños y, en general, los incapaces absolutos en los términos del artículo 43° del Código Civil, son personas en relación con los cuales pueden adoptarse determinadas medidas paternalistas”. Si bien es cierto el tribunal continúa utilizando el término “incapaces absolutos”⁴⁴ con el que no estamos de acuerdo, el hecho de que señale la posibilidad de adoptarse sólo “determinadas medidas paternalistas” nos lleva a entender que se reconoce la autonomía para la realización de todas los demás actos que no necesiten de las medidas señaladas.

En el derecho comparado encontramos interesantes sentencias que ponen en cuestión el grado de paternalismo que se puede ejercer sobre un menor, incluso por parte de sus propios familiares. Se puede citar, para ilustrar el asunto, la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional español.

Sentencia muy estudiada y discutida, porque se había impuesto una sanción de carácter penal a los padres de un menor de edad de 13 años, todos ellos Testigos de Jehová, que murió tras negarse a que le fuera practicada una

⁴⁴ STC N°032-2010-AI. Fundamento 56.

transfusión de sangre, necesaria para salvar su vida. El Tribunal Supremo de España había condenado a los padres por un delito de omisión de los deberes derivados de la paternidad. Los recurrentes en la acción de amparo que promovieron ante el Tribunal Constitucional adujeron que actuaron conforme a sus convicciones religiosas, y que nunca se opusieron explícitamente a la transfusión de sangre, sino que simplemente no la secundaron de manera activa frente a su hijo, el cual además había expresamente manifestado su rechazo a la misma debido a que conculcaban sus creencias religiosas. El Tribunal Constitucional concedió el amparo al entender que el menor había hecho uso de su libertad religiosa al oponerse a la transfusión, y que los padres no se habían pronunciado en contra de la misma sino que habían guardado reserva.

Ana Valero una de las comentaristas de esta sentencia no está de acuerdo en que se ponga en el mismo nivel un concepto como “el grado de madurez del menor” (palanca sobre la que el Tribunal Constitucional español se apoya para reconocer validez a su oposición a la transfusión) con el mucho más preponderante de su derecho a la vida, cuya protección tenían encomendada no solamente los padres sino también el Estado⁴⁵. Cabe al menos cuestionable, afirma Valero, hasta qué punto deja de ser “superior” el interés del menor al hacerlo depender de su propia madurez.

Lo que concluye el Tribunal Constitucional español es que los padres no podían haber sido obligados a actuar enérgica y positivamente para persuadir a su hijo de la conveniencia de la transfusión, porque ello hubiera ido en contra de su derecho de libertad religiosa. La amenaza penal, en este caso, no cumplía con el requisito de proporcionalidad que debe acreditar cualquier restricción de un derecho fundamental, y por tanto procedía anular la condena que había impuesto el Tribunal Supremo a los padres.

⁴⁵ VALERO HEREDIA, Ana. “Constitución, libertad religiosa y minoría de edad”. Universitat de València. Valencia, 2004, p. 86.

Contemporáneamente continúa la discusión de la autonomía de los menores, sobre todo la posibilidad de que la voluntad de los menores se oponga a la voluntad de sus padres, de sus maestros, de los médicos, etc.

En Inglaterra el caso de Hannah Jones, la niña inglesa de Marden, que enferma de leucemia decidió no someterse a más tratamientos, para morir en su casa y no afrontar un arriesgado trasplante de corazón, abrió un debate a nivel de toda Europa que no se centró sólo en el papel de los padres y su competencia a nivel de toma de decisiones, sino el grado de autonomía de una niña de 13 años para una decisión de esta naturaleza⁴⁶.

En el derecho inglés, el acta sobre Derecho de Familia sitúa la madurez del menor, o la mayoría médica, en los 16 años. De ahí que, por regla general, sea válido el consentimiento otorgado por los mayores de 16 años sin necesidad de que además consientan los padres. Sin embargo, en los casos de cirugía mayor o de intervenciones de alto riesgo, se aconseja informar a los padres, salvo que el paciente no lo autorice. En los menores de 16 años se atiende, también a los distintos tratamientos, con la regla general de que el menor debe ser informado y consentir si es capaz de comprender la finalidad, la naturaleza y la intervención.

En el Informe explicativo del Convenio de Oviedo (Convención del Concejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito el día 4 de abril de 1997) se afronta esta cuestión. De un lado, por lo que se refiere a los menores, se entiende que la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final, cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. En consecuencia, en algunas ocasiones, el consentimiento del menor es necesario o, al menos, suficiente.

⁴⁶ DE LORENZO, Ricardo. "El menor maduro y las decisiones en vida". En: Redacción Médica. Núm. 887. Año IV. 13 de Noviembre de 2008.

Por lo que no toda medida paternalista que restrinja la libertad de los menores de por sí es legítima, se debe analizar el grado de restricción y el grado de protección de los derechos de los afectados, si el grado de restricción es elevado y la protección del derecho es baja o nula, la medida paternalista será arbitraria y por lo tanto ilegítima.

En Argentina, al momento de discutir el régimen de visitas, ha habido casos en los que el propio hijo se ha negado a tener trato con el padre. Se ha juzgado que en este supuesto vulnera el interés del niño o del adolescente exigirle una comunicación por vía de imposiciones forzadas, pues la relación entre padres e hijos debe basarse en el afecto y en el respeto mutuo, que no pueden ser sustituidos por la fuerza de la ley⁴⁷. Con lo que vemos que la autonomía personal, la libertad de decidir, ha sido evaluada como un elemento importante para la formación del niño o del adolescente.

En el caso de la atención de las madres menores de edad en el servicio de defensorías, en muchas de ellas se restringe la libertad de la madre menor de edad, desconociendo su capacidad de participar en los servicios que la defensoría brinda en representación de sus hijos, buscando protegerlas. Sin embargo en este caso se puede advertir que el grado de restricción es elevado, puesto que se está desconociendo la autonomía de la madre menor de edad de tomar decisiones en favor de su hijo, por el temor de que, por su edad, no pueda tomar una decisión acertada. El grado de restricción es elevado pero con estas medidas no se protege ningún derecho, mas por el contrario, al desconocer a la madre menor de edad como representante legal de su hijo se le está negando el acceso a esta madre prematura y a su hijo a los servicios que las Defensorías están obligadas a ofrecer a todos los usuarios sin distinción.

⁴⁷Fallo CNCiv., Sala E, 20/2/89, "ED" citado por GROSMAN, Cecilia. "Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad". Ob. Cit. p. 61.

2.1.6.4. El menor como sujeto de derechos

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en 1989, marcó un hito fundamental en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas al cambiar la concepción que identificaba al niño como objeto de protección a una concepción que reconoce al niño y la niña como sujeto de derechos humanos.

El principio del menor como sujeto de derechos, reconoce al niño, niña y adolescente derechos como a todo ciudadano desde su nacimiento. “Los derechos del niño derivan de su condición de persona”⁴⁸.

Según el Instituto Interamericano del Niño (INN), el enfoque de derechos para la infancia entiende que, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países, no define a los niños y adolescentes por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño/a se lo considera a partir de sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, y por ende como titular de derechos.

“Entre los mayores aportes de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el considerar al niño una persona en un período especial de su vida, en el que está en juego el desarrollo de sus potencialidades, por lo que es un sujeto de derechos especialísimo, dotado de una protección complementaria, pues se deben agregar nuevas garantías por sobre las que corresponden a todas las personas, reconociendo su calidad de ser en desarrollo y por ende a potenciar y proteger por la familia, la sociedad y el Estado. En esta perspectiva es fundamental asumir que cualquier injerencia indebida en sus derechos, afectará su vida actual, pero también marcará sus futuras

⁴⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. “Infancia, Ley y Democracia. T I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004. Pp. 77.

posibilidades”⁴⁹.

Es así que con la Convención sobre los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetivos pasivos de la intervención “proteccionista” o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre niños, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y menores, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraba por lo tanto, en una situación irregular. Para este segundo grupo, el problema vinculado con su condición de menores, y la figura del juez tutelar sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño.

La Convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino.

2.1.6.5. El interés superior del niño

El interés superior del niño es el parámetro, alma de la acción institucional en el territorio de los menores de edad, atraviesa todas las instituciones que involucren a la infancia y fundamento obligado en los pronunciamientos que se relaciones con la persona del niño.

Entendiendo principio, desde la postura de Ronald Dworkin⁵⁰, como aquello que se imponen a las autoridades, esto es son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidas principalmente hacia ellos, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una precisión de carácter imperativo hacia las autoridades. De tal

⁴⁹ Prototipo base Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia (SNIA). INN. Principios del SNIA. Pp.10

⁵⁰ Ronald Dworkin, Los Derechos en Serio. Trad. Marta Guastavino. Editorial Ariel. Madrid, 1997. Pp.72.

forma que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

De esta manera, la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que los derechos del niño no pueden quedar limitados ni desmedrados por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Otro de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos o judicial, extendiéndolos hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Aspecto de suma importancia para la presente investigación, puesto que, el Servicio de Defensorías, como servicio público, en observancia, del principio superior del niño, no podría desatender al hijo de la madre aun así esta fuera menor de edad, con el fundamento de que por su edad no pueda representarlo.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, ha señalado que el Interés Superior del Niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía”.

Con lo cual, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero a su vez, quien pretende fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño deberá regirse por la

interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

Es por ello que el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, relacionado al principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y calidad o “nivel de vida adecuado”. (art. 27.1 de la Convención).

Sobre el mismo, el Instituto Interamericano del Niño sostiene que “Este principio debe concebirse, necesariamente, como la satisfacción de los derechos fundamentales del niño/a, y nunca se puede aducir un interés de otro tipo como superior a la vigencia efectiva de estos derechos”.

Como los niños son parte de la humanidad, y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, la Convención propone este principio como un modo de “arbitrar” los eventuales conflictos que podrían producirse en el ejercicio de los derechos, tanto en el ámbito de los derechos y libertades básicas, como en el de los derechos económicos sociales y culturales.

“La supremacía del interés superior del niño/a por sobre cualquier otro interés, deberá impactar directamente en las reformas legislativas que deberán hacerse para adecuar marcos jurídicos y normativos a los contenidos de la Convención; así como en el tipo, calidad y oportunidad de las prestaciones sociales a disposición de la infancia y, también, en la prioridad que deben tener los recursos públicos para servicios dirigidos a los niños, niñas y adolescentes”⁵¹.

⁵¹ Prototipo base Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia (SNIA). INN. Principios del SNIA. Pag. 10

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes nacional, en su artículo IX del Título Preliminar, establece que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos”.

Detrás de la valoración circunstanciada de cuál es el interés superior subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia. Vislumbramos aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales. La pauta, pues, es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e, incluso, regionales. Por ejemplo, en el pasado el interés del niño ha servido para justificar los castigos corporales y la detención de menores en las condiciones más inhumanas, para “enderezarlo” y “encarrilarlo en el bien”. Según Cecilia Grosman “en nuestra época colonial, en aras del bien del hijo, el padre podía solicitar a la justicia, en virtud de su poder de corrección, su reclusión por desobediencia, por una inclinación torcida o extraviada, por ser incorregible o por tener perversa inclinación. El Juez condenaba al hijo inaudita parte y lo enviaba, generalmente, por cuatro o cinco años, a las cárceles de Montevideo o de Malvinas”⁵².

Hoy se rechazan estas prácticas, violatorias de los derechos fundamentales de la niñez. Sin embargo opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indiscutible y beneficia al niño ejercer la violencia como un instrumento educativo.

⁵² GROSMA, Cecilia. “El Interés Superior del Niño”. En: Los Derechos del Niños. Discurso y Realidad. Ob. Cit., p. 26.

Para autoras como Cecilia Grosman el interés superior del niño forma parte de las llamadas nociones marco, puesto que “con su introducción, se deja en manos del juzgador o funcionario tomar la decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto, o sea, conforme a las circunstancias del hecho, de lugar y de tiempo”⁵³. Para esta autora “el propósito es ofrecer un espacio abierto y flexible al Juez o funcionario público y legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa, así la noción abandona su lugar de pura fórmula y deviene en riqueza existencial”⁵⁴, sin embargo, no estamos de acuerdo con esta postura, ya que este principio, por el contrario, busca limitar la discrecionalidad del funcionario, y someterlo a los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que están vinculados.

2.1.6.6. La voz del menor en conexión con el interés superior

El derecho del niño a ser oído se asocia, precisamente, con la determinación de cuál es su mejor interés. El derecho a la palabra constituye una etapa decisiva en la historia de la infancia. Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona. Cuando a nivel judicial, administrativo o privado se quiere evaluar cuál es la decisión que mejor lo favorece, indudablemente, uno de los elementos esenciales para dicha valoración es conocer al niño, su personalidad, sus necesidades, sus inclinaciones o dificultades.

2.1.6.7. Autonomía progresiva o evolutiva de los menores de edad

La doctrina de la Protección Integral, contenida en la Convención de los Derechos del Niño, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho con libertades y deberes que deben ser respetados y garantizados, abandonando con ello la concepción de los menores de edad

⁵³Idem.

⁵⁴Idem.

como seres incapaces y como ciudadanos potenciales. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño estableció en su artículo 5°:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Esta disposición nos brinda la noción de capacidad evolutiva de los niños y adolescentes, la cual supone que en esta etapa se les deberá reconocer el ejercicio progresivo de sus derechos y libertades. En suma, de lo que se trata es de “concebir a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos con facultades para tomar decisiones respecto de su propia vida, y asumir responsabilidades, con capacidad jurídica para autodeterminarse, actuar en el mundo del derecho y realizar actos jurídicos válidos aunque de manera progresiva de acuerdo a su desarrollo evolutivo y bajo la debida orientación de las personas encargadas de su crianza”⁵⁵.

De esta forma, cuando se trata del ejercicio de los derechos personalísimos, el niño, alcanzado un cierto grado de madurez, o sea, adquirida la capacidad para regular sus preferencias, con comprensión de las consecuencias, no sólo debe ser escuchado sino que es necesario que otorgue su consentimiento informado. Esta elección representa hacerse cargo de su propio interés. En uno de los extremos, el niño, al opinar, asiente el acto de otro. En el otro, elige por comprensión y razonamiento, basado en la plena información y en el conocimiento de los riesgos.

⁵⁵CORNIELES PERRET, Cristóbal y Morais, María G. (Coordinadores). “Quinto año de vigencia de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente”. Centro de Investigaciones de la Universidad Andrés Bello. Caracas, 2006.

En la legislación nacional encontramos un avance significativo en el reconocimiento de la autonomía progresiva del menor en la nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley 29497, en cuyo artículo 8.1. establece que los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal a un proceso laboral, en el caso de que un menor de catorce años comparezca al proceso sin representante legal, el juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

Igualmente la legitimación activa en el Proceso Constitucional del Hábeas Corpus regulada por el artículo 26° del Código Procesal Constitucional se extiende a los menores de edad por mandato del Código de los Niños y Adolescentes que literalmente señala “El adolescente puede impugnar la orden que lo ha privado de su libertad y ejercer la acción de Hábeas Corpus ante el Juez especializado”, para Carlos Mesía “El vocablo adolescente no debe interpretarse de modo restrictivo, en su sentido biológico como el estado psicofísico de la persona que se inicia entre los 12 o 13 años y se extiende hasta la mayoría de edad. A la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, la expresión “adolescente” del Código de los Niños y Adolescentes debe entenderse como sinónimo de niño, tal como se define en el artículo 1° de la mencionada Convención según la cual se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵⁶.

⁵⁶MESÍA, Carlos. “Exégesis del Código Procesal Constitucional”. Editorial Gaceta Jurídica. 2° edición. Lima, 2005, p. 273.

2.2. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

No existen investigaciones sobre el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en el sistema de Defensorías, sin embargo, sí existen investigaciones sobre el acceso de padres y madres adolescentes a la plenitud de derechos de la institución familiar, la regulación por el Código Civil de 1936 del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad y sobre el acceso a los servicios públicos por los hijos de las madres menores de edad.

A. Investigación sobre el acceso de padres y madres adolescentes a la plenitud de derechos de la institución familiar

- MEZA INGAR, Carmen. “Ideas para un Código de Familia”. CONCYTEC. Lima, 1990.

En este trabajo la autora propone una sistematización de la legislación de familia, mediante una Codificación. Para ello además de entrevistar a profesionales y magistrados sobre los vacíos de la legislación peruana, encuestó a 300 padres de familia sobre sus opiniones acerca de dos temas:

- La edad mínima del matrimonio
- El derecho al nombre

La autora señala el vacío que existe en la regulación de la protección de las menores en estado de abandono que tienen más de 14 años.

De la misma forma advierte que “la familia peruana no está constituida únicamente por un modelo social”. Existiendo “jefes de familia hombres, a veces mujeres, otros menores de edad y aún niños que asumen la responsabilidad de sus hermanitos (...)”.

Sobre la prohibición de los impúberes de contraer matrimonio salvo dispensa judicial por motivos graves, opina que sobre los impúberes hay distintas opiniones referidas a la edad en la que se da la pubertad.

Nos otorga estadísticas de 1987, cuando se verificaron 33 casos de madres entre 11 y 14 años en la Maternidad de Lima y se pregunta ¿Cuántas más serían en otros centros asistenciales? ¿Y en todo el Perú? Es verdad que muchas de ellas se encuentran en dificultad. Pero también algunas de ellas son precoces, tienen su pareja casi tan joven como ellas, viven en comunidades, otros fundando su familia de hecho y algunos quisieran casarse para fortalecer su unión.

Canillitas, vendedores ambulantes, lustradores de calzados son jóvenes padres y madres ¿Se le debe negar el derecho a incorporarse con el apoyo de la ley a la vida adulta?

Propone un Código de Familia en cuyo artículo 19 se establezca: No pueden contraer matrimonio: 1. Los impúberes. El juez puede dispensar este impedimento a los padres, siempre que el varón tenga catorce años cumplidos y la mujer doce. (...).

En el artículo 279: Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos que le favorecen, como contraer matrimonio o reconocer a sus hijos. (...)

B. Tesis que abordan el tema del ejercicio de la Patria Potestad por madres menores de edad en el Código Civil de 1936

- Saravia Sandoval, Nicolás H. "Algunas Consideraciones sobre la patria potestad. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1963.

Este autor se refiere a la capacidad de los menores de edad regulada por el Código de 1936, la cual reconoce la existencia de situaciones o estados intermedios a través de los cuales el menor va adquiriendo, progresivamente y a medida que su edad avanza, determinadas facultades.

Con respecto a los hijos ilegítimos que no hubiesen sido reconocidos voluntariamente por el padre, o sea, aquellos que el padre no reconoció nunca o que debieron ser demandados y vencidos para asumir la condición legal de tal, el artículo 395 del Código Civil de 1936 determina que la patria potestad corresponde a la madre aunque ésta sea menor de edad.

El autor advierte que según el artículo 8 del Código referido, son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años y según los artículos 11 y 12 el cese de la incapacidad o la posibilidad de que los menores puedan practicar algunos actos civiles, están determinados por la ley.

Por lo cual, el autor concluye que el hecho mismo de la maternidad ilegítima, cuando el padre no ha reconocido voluntariamente al hijo, otorga capacidad civil a la mujer menor de edad, aunque su caso no haya sido expresamente comprendido en la ley. De esta manera, la maternidad extrae a la menor, en las circunstancias referidas, de la patria potestad o de la tutela a cuyo amparo se hallaba y le permite asumir la función guardadora y protectora de su propio hijo.

- Cornejo Marquez, César Manuel. "La Patria Potestad en la Legislación Nacional". Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1968.

- Bonilla Palacios, Eleazar Alejandro. “La Patria Potestad en Nuestra Legislación y en la Legislación Comparada”. Tesis para optar el título de Bachiller en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965.
- Garreta Gaspard, Carmen Renee. “La Patria Potestad en nuestra legislación y en la legislación comparada”. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1962.

La legislación que estudian estas investigaciones son: La Constitución de 1933, el Código Civil de 1984, el Código de Menores de 1962 y la Ley 13906 Ley de Abandono de Familia.

Con respecto al artículo 395 del Código Civil de 1936, los autores coinciden en el reconocimiento de la capacidad para ejercer la patria potestad por madres menores de hijos ilegítimos, puesto que entre los actos que los menores pueden desempeñar por sí solos, sin la intervención del padre, por ser manifestaciones de derechos personalísimos, se encontraría el ejercicio de la patria potestad de hijos ilegítimos que no hayan sido reconocidos por el padre. De la misma forma dan cuenta de la existencia, desde esas épocas, de instituciones administrativas destinadas a la defensa de los derechos de los menores de edad.

De esta forma encontramos que el antecedente del artículo 421° del Código Civil de 1984, el cual permite a la madre menor de edad ejercer las facultades que comprende la patria potestad, es el artículo 395° del Código Civil de 1936 que establece: “La patria potestad sobre los hijos ilegítimos no reconocidos voluntariamente por el padre corresponde a la madre, aunque ésta sea menor de edad”. De esta forma la madre menor de edad de un hijo ilegítimo ejercía la titularidad de los derechos y deberes que comprendían la patria potestad.

Esto a raíz de la gran diferencia que existía entre los regímenes de la filiación legítima con la ilegítima. Entre los fundamentos de estas diferencias se hacía referencia a que si un hijo nacía fuera del matrimonio existía la certeza sobre quién era la madre, mas no así sobre quién era el padre. Por lo que si el padre no reconocía voluntariamente al menor, éste quedaba bajo la patria potestad de la madre aun así ésta no haya llegado a la mayoría de edad.

Diferencias que fueron heredadas del Código Civil de 1852 que en su artículo 286 establece: “La patria potestad que corresponde a la madre se extiende sobre todos sus hijos ilegítimos”. Sin embargo el código de 1852 no hace referencia a la patria potestad sobre los hijos de la madre menor de edad.

C. Tesis que abordan el tema del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios públicos

- DAMIAN, Diego. “Factores familiares y Reproductivos asociados al embarazo reincidente en adolescentes. Instituto Nacional Materno Perinatal – 2008”. Tesis para optar la Licenciatura en Obstetricia. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2009.
- CONTRERAS MARTÍNEZ, Carmen Cecilia. “Características de la estructura familiar de madres adolescentes, cuyos hijos se encuentran en proceso de hospitalización en el Instituto de Salud del Niño”. Tesis para optar el Título de Psicología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1998.
- SALAVERRY, Olga M. “Factores psicosociales asociados al embarazo adolescente”. Tesis para optar el Título de Psicología. Universidad Privada Ricardo Palma. Lima, 1993.

En estas investigaciones se hace referencia a la amplia población de madres que aún no han alcanzado la mayoría de edad y que incluso tienen más de

un hijo antes de los 18 años, llegando a formar, en algunos casos familias nucleares de padres menores de edad. Llegan a la conclusión que el cumplimiento del rol materno de estas adolescentes está determinado por diferentes factores entre ellos las características personales de la misma adolescente, lo cual, a su vez, está influenciado por las condiciones biológicas, psicológicas, económica y jurídica por el que está atravesando, además del entorno familiar. Por lo que la atención del Estado, brindándoles condiciones favorable pre y post parto y evitando ponerles trabas al acceso a los servicios que este grupo vulnerable requiera, contribuirán al desarrollo tanto de la madre adolescente, como de su menor hijo.

2.3. BASES TEÓRICAS

2.3.1. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO

En el ordenamiento peruano, la progenitora menor de edad tiene la titularidad de la patria potestad con respecto a sus hijos, aunque siga sujeta, a la vez, a la patria potestad de sus padres, algo impensable en la génesis de esta institución clásica del derecho civil, que ha sufrido muchos cambios.

En el derecho familiar moderno, el poder paterno o materno sólo representa el ejercicio de facultades destinadas a cumplir los deberes que la ley impone a los progenitores y que define la forma en que las prerrogativas serán utilizadas.

Como expresa Grosman “los derechos de los padres tienen carácter instrumental y están destinadas a satisfacer los intereses y derechos intrínsecos de los niños y adolescentes”⁵⁷.

⁵⁷ GROSMAN. Cecilia. “Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad”. Ob. Cit. p. 48.

De esta forma, tratándose de madres menores, mayores a los 14 años, es incuestionable que el ejercicio de la patria potestad no debe sufrir restricciones, si se trata del ejercicio de simples actos voluntarios, generalmente del ámbito doméstico de la autoridad de los padres, que abarca las facultades de guarda, cuidado, asistencia, educación del hijo. Lo que resulta discutible es el ejercicio de actos jurídicos con terceras personas para las que el hijo de la madre menor de edad, requiere de un representante.

Hoy en día se juzga que el Estado debe actuar para hacer efectivos los derechos del niño o del adolescente cuando detrás de un cuidado parental, aparentemente legítimo, se esconde un comportamiento represivo o cercenador originado en las particulares creencias o aspiraciones de los padres que debilitan o anulan el deseo o parecer del niño o del joven. No debe olvidarse que respetar la pauta del interés superior del niño en el ejercicio de la autoridad parental (art. 18.1 Convención sobre los Derechos del Niño) implica acordar al hijo la posibilidad de decidir y actuar en consonancia con la adquisición de sus diversas posibilidades. Cuando los padres o sus sustitutos truncan este proceso de aprendizaje se contraponen a su bienestar, que, en este aspecto, significa darle la posibilidad de crecer como parte de su desarrollo integral.

2.3.1.1. La Patria potestad

La patria potestad es una institución clásica del derecho civil, una de las más antiguas, sin embargo su contenido ha ido variando con el paso del tiempo a tal punto que la institución que hoy rige las relaciones paterno filiales dista mucho de aquella institución concebida en el Derecho Romano como potestad patriarcal absoluta sobre la mujer y los hijos, que llegó a nuestro ordenamiento como un modelo autoritario de vinculación personal a aceptar como límites los derechos fundamentales de las personas que ampara, de

basarse en la figura del pater familia a fundarse en la protección integral del niño.

Es así que la patria potestad entendida como un derecho inalienable de los padres a disponer de la vida de sus hijos ha sufrido cambios importantes, sobre todo desde la aparición en el campo normativo de los derechos humanos, recogidos por diversos tratados, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que obliga a redefinir el ámbito de las relaciones paterno filiales.

En efecto la concepción del niño como sujeto de derechos nos obliga a evaluar en forma progresiva el ejercicio autónomo de los derechos por parte de los jóvenes, acotándose en la misma medida, la injerencia de los padres en tales actos.

El Código Civil vigente, ha establecido en su artículo 418° que “Por patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”

De esta forma, podemos definir a la patria potestad como la capacidad legal que asiste a ambos padres para velar por la salud, educación, bienestar, moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos.

Determinada la filiación, la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio, a ambos padres. Como consecuencia de esa determinación, se atribuye a los padres el conjunto de los derechos y deberes, que es el contenido de la patria potestad.

De esta forma si bien se garantizan a los padres la libertad educativa y la libertad religiosa en el ejercicio de la autoridad parental, los progenitores no pueden actuar libremente cuando sus acciones impliquen una amenaza al bienestar del niño. Los derechos de los padres extensos y respetables, que

van desde la elección del nombre hasta las decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado.

Naturalmente hay que tener presente que la actuación del Estado en defensa del interés del niño puede ser positiva o bien tener efectos negativos. Asume formas beneficiosas cuando, con una visión preventiva, presta apoyo y asistencia a la familia para que pueda cumplir su función de crianza y educación de los hijos, asistencia que no sólo debe limitarse al aspecto económico, sino que comprende la orientación, educación e, incluso, la acción terapéutica. Satisface también el interés del niño o del adolescente cuando lo preserva de las acciones abusivas de sus padres o sustitutos; en cambio, su actuación se convierte en intrusiva si en razón de la extrema pobreza o marginalidad de los padres se aparta al niño de su familia; en este caso, la intervención del Estado en vez de favorecer el bienestar del hijo puede perjudicarlo, pues se lo separa de su medio, el que aunque deficiente, le permite conservar los afectos. Como dice Jelin, en cada circunstancia histórica, las políticas públicas deberán transitar, como por una cornisa, el incierto y nada equilibrado camino de la tensión entre lo público y lo privado⁵⁸.

En realidad, más que de intervención debería hablarse de políticas adecuadas o inadecuadas, de acciones estatales desafortunadas o protectoras.

Por otro lado, el ejercicio de la patria potestad es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos padres. De manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio: por

⁵⁸JELIN, Elizabeth. "Las familias en América Latina". En: Familia Siglo XXI, Isis Internacional Ediciones de las Mujeres N° 20. Santiago de Chile, 1994, p. 97.

ejemplo, en el caso que hallándose separados los padres, el ejercicio lo detenta la madre con quien convive el menor.

Según Alex Plácido Vicachagua “Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño (artículo 18, numeral 1). Por ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos”⁵⁹.

El interés del hijo como fin de la potestad paterna preside las relaciones personales como las patrimoniales y es el fundamento, en alguna medida, de la propuesta para la supresión del usufructo paterno⁶⁰.

La patria potestad está conformada por un complejo de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, pudiéndolas clasificar, según el doctor Varsi Rospigliosi⁶¹, en:

- Guarda: La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos; en este sentido el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un deber derecho de los padres tener a sus hijos consigo.
- Tenencia: Es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo.

⁵⁹Plácido Vilcachagua, Alex. La Patria Potestad. En: “El Código Civil Comentado por los 100 mejores juristas”. T III 2° parte. Editorial Gaceta Jurídica. Pp. 90.

⁶⁰Ibid.

⁶¹VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Edit. Grijley. Lima, 2004. Pp. 258

- Régimen de Visitas: Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación paterno filial. Varsi Rospigliosi prefiere el término “régimen de comunicación y visita”.
- La educación: La educación es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena a la sociedad.
- La corrección: Es deber de hijos respetar, obedecer y honrar a sus padres, es un deber de orden ético y moral y también legal.
- La asistencia: También es conocida como sostenimiento y, como tal, es recíproca, siendo de padres a hijos y de hijos a padres. En su sentido genérico, implica el cuidado, el resguardo y la atención de la persona y los bienes del asistido. En su sentido especial, la asistencia se ha vinculado con la institución de los alimentos.
- Representación de los Hijos: Por regla general, y como atributo propio de la patria potestad, los titulares de la misma (es decir, los padres) reemplazan al hijo en los actos que éste no puede realizar por su falta de capacidad.

2.3.1.2. Ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento

La regulación sobre la patria potestad de madres menores de edad tiene su antecedente en el artículo 395° del Código Civil de 1936 que establece “La patria potestad sobre los hijos legítimos no reconocidos voluntariamente por el padre corresponden a la madre, aunque ésta sea menor de edad...”.

En el Código Civil actual está regulado por el artículo 421° que establece: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido.

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad”.

Con respecto al último párrafo, el Doctor Héctor Cornejo Chávez señala que recoge literalmente la fórmula propuesta por él, como ponente del Libro de Familia de la Comisión Reformadora que preparó el Código Civil vigente. Dicha norma en concordancia con el artículo 393 que establecía que las personas capaces de discernimiento y que tengan por lo menos 16 años cumplidos pueden reconocer al hijo extramatrimonial, daba a entender que las madres menores capaces de discernimiento que hayan cumplido 16 años de edad podrían ejercer la patria potestad.

Según Cornejo Chávez en el caso en el que la madre mayor de 16 años y menor de 18, carezca de un título oficial se debe evocar más a un fenómeno de la naturaleza humana que una decisión del legislador “el hecho mismo de la maternidad desarrolla en la mujer instintos de protección que ordinariamente se hacen notorios a una edad mayor y dinamizan su personal maduración al punto que la ley la considera sui géneris (por lo cual no sólo

ejerce la potestad sobre su hijo, sino que ella misma sale de la que la sujetaba a sus propios padres”⁶².

El jurista peruano continúa fundamentando su postura “Fluye del supuesto en cuestión otra interrogante, a saber, por qué –admitiendo el principio de igualdad de sexos ante la ley-esa regla, que permite a la madre asumir la potestad aun siendo ella menor de edad, no se aplica al padre. Ello, en nuestro concepto no quiebra tal principio, sino que sólo atiende a una diferencia que también nace de la naturaleza antes que de la ley; y es que, acaso por el hecho de ser la mujer y no el varón quien gesta al hijo en sus entrañas y lo alumbra, su instinto de protección es generalmente más intenso que el del varón”⁶³.

En la actualidad el artículo 421 continúa tal como se aprobó en 1984, sin embargo, al modificarse el artículo 393 mediante la Ley 27201, con lo cual los menores pueden reconocer a sus hijos desde que tengan ya no 16 como en un inicio, sino desde que tengan 14 años de edad, se modifica el criterio que en un inicio tuvo el jurista peruano cuando impuso la edad de 16 años como la edad a partir de la cual la madre menor de edad podía no sólo reconocer a sus hijos sino, también, ejercer la patria potestad sobre ellos.

Sobre esta norma Alex Plácido opina que “en atención al carácter personalísimo de los derechos a reconocer a los hijos extramatrimoniales y a ejercer sobre ellos la patria potestad, nuestro sistema debe prever expresamente su ejercicio. En tal virtud, se postula que el menor ejerza la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres o

⁶²CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo I. 5° edic. Librería Studium. Lima, 1985. Pp. 184.

⁶³Ibid.

responsables; y, en casos de desacuerdo o de imposibilidad, con la del juez de familia”⁶⁴.

La ya referida Ley N° 27201 -que admite el reconocimiento del hijo extramatrimonial por quien tenga por lo menos catorce años cumplidos-, al modificar el artículo 46 del Código Civil establece que tratándose de personas mayores de catorce años, cesa la incapacidad relativa de ejercicio, a partir del nacimiento de su hijo y solamente para realizar los siguientes actos: reconocer al hijo extramatrimonial, reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto, y demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Una lectura literal de esta norma más que promover la asunción de una paternidad o maternidad responsable por parte del menor progenitor, desconocería la propia organización del Código Civil que reconoce al menor capaz de discernimiento el ejercicio de sus derechos estrictamente personales, como es el caso de la patria potestad sobre sus hijos (artículo 455 del Código Civil), lo que concuerda con los principios de menor como sujeto de derechos y capacidad progresiva del menor contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, disposición concordante con el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes por el que se admite que el adolescente tiene capacidad de ejercicio para la realización de los actos civiles autorizados por la ley.

2.3.1.3. En el caso de las madres menores sin discernimiento. El Instituto de los Tutores Abuelos

La Ley N° 27201 al referirse a la edad de 14 años, evita pronunciarse sobre una realidad social insoslayable: las madres-niñas, las impúberes, aquellas menores de 14 años que efectivamente procrean a un hijo. La información

⁶⁴PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Manual de Derecho de Familia: novedoso método de estudio funcional del Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pp. 322.

del Ministerio de Salud registra partos de menores de entre 10 y 12 años de edad.

Frente a este caso el artículo 389 establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por sus abuelos o abuelas de la respectiva línea en el caso que éstos se hallen comprendidos en los artículos 43° inciso 2 (son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento).

Por lo que en el caso de madres menores sin discernimiento, son los abuelos los que reconocen al menor y son ellos quienes lo protegen ejerciendo la institución de la tutela, para algunos autores se trata de un doble ejercicio de la patria potestad, sobre su hija y sobre su nieto, o de una patria potestad subsidiaria o una extensión del ejercicio de la patria potestad; y que por su semejanza con el instituto de la patria potestad debería llamársela “autoridad de los abuelos” en lugar de tutela de los abuelos⁶⁵.

En efecto, no hay diferencias en el conjunto de derechos y deberes que en este caso se tiene como padre y abuelo, sin embargo, aun en estos casos se tienen que diferenciar ambas figuras, sobre todo por la necesidad de preservar la identidad del hijo de la menor.

En la práctica, numerosos padres-abuelos ejercen la autoridad que emana del artículo 389° del Código Civil de hecho, sin efectuar trámite alguno, sin embargo, en determinadas circunstancias, como ante un conflicto en el ejercicio de la patria potestad entre los integrantes de esta familia, ya sea entre ambos padres-abuelos por la tenencia de su hija madre menor de edad o en el caso de que ésta llegue obtener discernimiento o a la mayoría de edad y tome decisiones que diverjan de las de sus padres con respecto a su

⁶⁵ RASSO, Silvina M. “Obligación Alimentaria del Progenitor Menor de Edad”. En: Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos. GROSAN, Cecilia. (Coord.). Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004, p. 269.

propio hijo; todo lo que hace necesario una regulación especial, para estos casos.

A falta de quien ejerza la tutela, ésta función es asumida por el Estado (art. 510 del Código Civil).

2.3.1.4. Ejercicio de la Patria Potestad por menores de edad en el Derecho Comparado

En España el menor de edad no emancipado puede ejercer la patria potestad con la asistencia de sus padres, hecho que está regulado en el artículo 157º del Código Civil español que establece: “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez”.

Según José Álvarez-Caperochipi: “el artículo 157 del Código Civil está regulando la actuación del padre menor cuando el otro progenitor es desconocido –se trata ordinariamente de una filiación extramatrimonial de una menor-, está separado del cónyuge o ambos cónyuges son menores, pero si el menor convive con su cónyuge mayor debe regir el efecto de la patria potestad compartida y en defecto de capacidad del cónyuge mayor con preferencia sobre los padres (arts. 324, 234 y 171 del Código Civil, que consagran la preferencia de la asistencia tutelar del cónyuge menor por su consorte mayor de edad respecto de los padres)”⁶⁶.

En Argentina, por el contrario, el menor no emancipado no puede ejercer la patria potestad, según el segundo párrafo del artículo 264 del Código Civil argentino: “Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no

⁶⁶ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. “Curso de Derecho de Familia. T. II Patria Potestad, Tutela y Alimentos. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1988. Pp. 49

emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad”.

A decir de Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni “El artículo 264 prevé expresamente el caso de menores, que sin haberse casado –y por tanto, sin emanciparse-, tuviesen un hijo. Para ese supuesto, la norma da por sentado que el progenitor que es menor de edad no emancipado, no tiene el ejercicio de la patria potestad en cuanto implique tomar decisiones de trascendencia jurídica, es decir, la representación del menor tanto en negocios como en acciones judiciales.

De tal manera, el artículo 264 resuelve a quién debe designarse tutor del hijo de estos menores, colocándose en el supuesto de que éstos no convivan; en tal caso, se prefiere, para la designación de tutor, al progenitor que ejerza la patria potestad sobre el padre o madre menor que tiene al hijo bajo su amparo o cuidado”⁶⁷.

Es decir que, si los padres menores no emancipados viven solos, cualquiera de los abuelos podría ser designado tutor.

Regulación con la que se muestra crítica Cecilia Grossman para quien :”Lo que nos cuestionamos es si no es hora de pensar en soluciones diferentes pues, si estos menores contrajeran matrimonio, gozarían del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, mientras que si se mantienen en la unión de hecho les está vedado asumir los deberes que emergen de la

⁶⁷BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia”. 6° edic. Edit. Astrea. Buenos Aires, 2004. Pp. 566.

responsabilidad parental, y creemos que el requisito para acceder a ella es la madurez y no el matrimonio”⁶⁸.

De la misma opinión es otra jurista argentina, Marta Polakiewicz, para quien “cuando la paternidad o maternidad se producen dentro del matrimonio, como el matrimonio emancipa, el padre o la madre casados son capaces para ser padres o madres plenamente. Si por el contrario son solteros, se les considera incapaces para el ejercicio de la patria potestad, salvo en lo relativo a cuestiones domésticas. Ésta discriminación es hoy inaceptable, porque el matrimonio no es un indicador de capacidad para el ejercicio de la paternidad o maternidad. No resulta sustentable que una joven que tiene 16 años casada que tiene un hijo matrimonial es más capaz en cuanto a su madurez de ejercer por sí la patria potestad, que una joven soltera que tiene un hijo extramatrimonial, a quien el artículo 264 del Código Civil le impone un régimen restrictivo por considerarla incapaz”⁶⁹.

2.3.2. MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO

2.3.2.1 Madres menores en el Perú.

El fenómeno de las madres menores de edad ha sido una constante a lo largo de la historia peruana, hoy emerge con una dimensión cualitativa distinta, que deja de manifiesto las contradicciones de una sociedad que construye conceptos ideales de adolescencia y maternidad, sin proveer de los recursos socioafectivos ni materiales para asumirlos⁷⁰.

En el Suplemento Dominical de Ojo del 30 de setiembre de 1979, Jesús Túpac Yupanqui Mayorga en un artículo titulado “El drama de las niñas

⁶⁸GROSMAN, Cecilia P. “Familia Monoparental”. Edit. Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2008. Pp. 348.

⁶⁹POLAKIEWICZ, Marta. “La entrega en guarda como derecho personalísimo de la madre menor de edad”. En: Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N°11, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pp. 180.

⁷⁰GUTIERREZ, Rocío. “Maternidad Adolescente”. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 2006. Pp. 17.

madres” da cuenta que según la encuesta nacional de fecundidad realizada en los años 1977-78 con el patrocinio del Fondo de las Naciones Unidas para actividades de población, el 63% de mujeres que dan a luz, son menores de 17 años de edad.

Al día de hoy, si bien es cierto que el promedio de madres menores de edad es menor, en los últimos 20 años, la edad de inicio de la pubertad descendió cerca de tres años. Si bien para la mayoría se da entre los 10 y los 14, actualmente puede ocurrir a los 8 años en las niñas y a los 9 en los niños. Las y los adolescentes cada vez comparten más tiempo con sus pares, se preocupan por ser aceptados e insertarse en la cultura juvenil popular y se sienten atraídos física y emocionalmente hacia otros. Por otro lado la situaciones de pobreza y abandono, con frecuencia, fuerzan a los y las adolescentes a adoptar precozmente roles adultos debido a la ausencia de padres y la necesidad de subsistir.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe, reporta que la tasa de fecundidad adolescente del quintil más pobre cuadruplica la del quintil más rico. Para muchas adolescentes pobres un hijo representa: el objeto de su afecto, pasaje a la adultez, posición social más aceptable y mayor tolerancia social y familiar. En otras oportunidades el embarazo es un intento para escapar de situaciones conflictivas en el hogar.

La conducta reproductiva de las menores de edad es un tópico de reconocida importancia, no sólo en lo concerniente a embarazos no deseados y abortos, sino también en relación con las consecuencias sociales, económicas y jurídicas. Los embarazos a muy temprana edad forman parte del patrón cultural de algunas regiones y grupos sociales, pero en las grandes ciudades generalmente no son deseados y se dan en parejas que no han iniciado una vida en común; o tienen lugar en situaciones de

unión consensual, lo que generalmente termina en el abandono de la mujer y del hijo, configurando así el problema social de la madre soltera.

Según los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar-ENDES Continua 2007-2008⁷¹, el 13,6 por ciento de las mujeres de 15 a 19 años ya son madres, (10,6 por ciento) o están gestando por primera vez (3,0 por ciento). En el departamento de Lima, según esta encuesta, un 8,6 por ciento, de mujeres menores de edad, ya son madres y un 2,3 por ciento son menores embarazadas por primera vez, haciendo un total de 10,9 por ciento de menores que alguna vez estuvieron embarazadas.

Según las estadísticas del Instituto Materno Perinatal de Lima son 2,677⁷² las adolescentes que fueron atendidas sólo en el año 2010; 17 partos atendidos a menores entre 10 a 13 años; 503 a menores entre 14 a 16 años y 2157 a menores entre 17 a 19 años.

Entre las condiciones sociales del embarazo en menores de edad en el Perú cabe destacar el inicio temprano de las relaciones sexuales, la creciente erotización y liberación sexual, de los medios de comunicación y los entornos sociales, la insuficiente educación sexual, la falta de políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a este grupo de edad, que se traduce en deficiencias en la entrega de anticonceptivos; el abuso sexual y las agresiones sexuales.

2.3.2.2. Capacidad de madres menores capaces de discernimiento

a. Capacidad de los menores de edad

Cabanellas, nos dice que la capacidad civil es la “aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del Derecho Privado, y, más

⁷¹ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). “Informe de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES Continua 2007-2008.

⁷² Información Estadística 2010. Oficina de Estadística e Informática del Instituto Materno Perinatal de Lima.

comúnmente, en el ámbito tradicional del Derecho Civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligacionales y sucesorias”⁷³.

El Derecho Civil clásico considera a los menores de edad como incapaces de hecho porque presupone que carecen de aptitud para actuar por sí mismos en la vida civil.

Llambías dice que les falta aptitud para ejercer por sí mismos los derechos o para ser titulares de una determinada relación jurídica⁷⁴. Según este autor, el fundamento de la incapacidad es la insuficiencia psicológica del sujeto. Por consiguiente, la incapacidad tiene sentido como medida de protección para el amparo del niño; por lo cual los niños y adolescentes se encuentran adscriptos a relaciones jurídicas de autoridad con respecto a sus padres. Es esta relación de autoridad la que fundamenta la representación necesaria de los padres respecto de sus hijos para todos los actos de la vida civil, en tanto no se encuentren exceptuados en la ley de fondo.

En efecto, tradicionalmente, se distingue entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de obrar, para Manuel Albaladejo cuando “el derecho reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, estamos frente a la capacidad jurídica, de ella se diferencia la capacidad de obrar o aptitud que el derecho reconoce para que la persona realice actos jurídicos”⁷⁵.

Sin embargo, para la presente investigación, con respecto a la capacidad, adoptamos la postura humanista de Carlos Fernández Sessarego y Juan Espinoza Espinoza, quienes consideran que la capacidad genérica o de goce es inherente a la naturaleza del ser humano, por lo que es un error considerar incapaces a los menores de edad, quienes son personas con

⁷³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1993. Pp. 58.

⁷⁴ LLAMBÍAS, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. I. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980, p. 394.

⁷⁵ MANUEL ALBALADEJO. Derecho Civil I Introducción y Parte General. Decimoquinta edición. Librería Bosch, S.L. Barcelona, 2002. P. 215.

capacidad restringida, personas, y por lo tanto ontológicamente libres, pero con ciertas restricciones en el ejercicio de dicha libertad.

Según Juan Espinoza Espinoza: “La doctrina es unánime al definir la capacidad. Así tenemos que se la entiende como la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos; como la aptitud para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos; o como la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas (...)”⁷⁶.

Por lo que en la clasificación de la capacidad Juan Espinoza coincide con Carlos Fernández Sessarego al señalar que el concepto de capacidad de goce es innecesario, puesto que “el sujeto de derecho, en tanto centro de referencia normativa, es titular del conjunto de derechos y deberes que se le imputan”.

Por lo cual el sujeto de derechos, es decir toda persona, incluidos los menores de edad, siempre tiene capacidad, opinión que comparte Manuel Albaladejo, para quien “la capacidad jurídica la tiene todo hombre; comienza con su personalidad y acaba con ella”⁷⁷.

La capacidad jurídica que nuestro Derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos.

No cabe hablar de personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa. Los que se presentan en el ordenamiento jurídico son los sujetos con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta.

Nuestro Código Civil regula, equivocadamente, la llamada capacidad de goce, la cual se encuentra contemplada en el artículo 3 y la denominada

⁷⁶ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La capacidad de los sujetos de derecho. En: Código Civil comentado por los 100 mejores juristas. Ob. Cit., p. 18.

⁷⁷ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Librería Bosch. Barcelona, 2002. Pp. 230.

capacidad de ejercicio, descrita en el Título V de la Sección Primera del Libro I del mismo. Merece ponerse atención a que, cuando el artículo 3 se refiere a "las excepciones expresamente establecidas por ley", se está haciendo alusión a las excepciones propias de la capacidad de ejercicio (no a la capacidad de goce). Así, las únicas limitaciones posibles, tanto absolutas como más o menos relativas, conciernen al ámbito de la capacidad de 'ejercicio', que se contrae y circunscribe a la puesta en marcha de la libertad en cuanto 'capacidad jurídica general' o de goce.

Para ser titular de ciertas relaciones, se pueden exigir a la persona determinadas aptitudes especiales, se habla, por muchos, de que para ellas se precisa una especial capacidad jurídica, ya que, aun teniendo igual la general, la especial puede variar de unos a otros.

b. Restricciones válidas a la capacidad de los menores de edad

Grosman concuerda con Belluscio, Borda, Spota y Zannoni en el reconocimiento de que el menor, cuando ha alcanzado determinado grado de madurez pueda decidir los estudios que va a continuar o una orden religiosa⁷⁸.

En base a que el hombre es un ser ontológicamente libre y capaz desde que nace, la capacidad jurídica más que una concesión legal es reconocimiento de uno de los atributos elementales del ser humano, de lo que se infiere que el principio de nuestro ordenamiento jurídico es que la capacidad para obrar es la regla, mientras que la incapacidad es la excepción.

Un factor decisivo para restringir la capacidad del sujeto de derecho es la edad, en nuestro país los 18 años (artículos 42, 43 y 44 del Código Civil), sin embargo la capacidad de obrar de los menores no es siempre igual, y para evitar que las limitaciones a la capacidad sean sólo un modo diverso de

⁷⁸Ibidem, p. 40.

discriminación contra los mal llamados incapaces, autores como Juan Espinoza Espinoza propone “una lectura constitucional y promocional del actual arsenal normativo en beneficio del denominado sujeto débil”⁷⁹. Agrega que al incapaz “no se le debe aislar brindándole una tutela diferenciada. Un ordenamiento jurídico sensible debe tener como finalidad incentivar su participación efectiva a todo nivel, sea civil, laboral, educativo, entre otros. En suma, el sujeto débil debe ser tratado con un criterio de igualdad sustantiva”.⁸⁰

Definitivamente los menores de edad no son incapaces; sino sujetos de derechos con capacidad progresiva⁸¹, lo cual está reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que establece el régimen de progresividad en el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes y la necesidad de un régimen de asistencia en el ejercicio de los derechos humanos específicos.

En el caso de los mayores de 16 años, la capacidad se obtiene por excepción legal, así por ejemplo el artículo 46 del Código Civil señala que la incapacidad relativa de los mayores de 16 años cesa por obtener título oficial de profesión u oficio, cesando totalmente la capacidad en el caso del matrimonio, cuando sus padres asienten el mismo y que sin el cual sucede lo que en doctrina se conoce como matrimonio ilícito, es decir un matrimonio válido pero que tiene efectos en la subsistencia de la incapacidad, así el adolescente que contrae nupcias sin el asentimiento de sus padres pierde conforme lo señala el artículo 247 del Código Civil la administración, usufructo y gravamen de sus bienes.

⁷⁹Espinoza Espinoza, Juan. “La Capacidad Civil de las Personas Naturales”. Edit. Grijley. Lima. 1998. Pp. 18.

⁸⁰Ibid.

⁸¹ El artículo 455, 458 y 1975 del Código Civil reconoce a los menores de edad con discernimiento el ejercicio de los derechos estrictamente personales y la responsabilidad por los daños que causan. Asimismo diversas normas del CNA reconocen el derecho de opinión es todos los casos que les afectan, reconociéndole, no obstante, un valor distinto a estas opiniones de acuerdo a la edad.

El menor de edad, en tanto ser humano, es titular del derecho a la libertad, derecho que le es restringido en su ejercicio, con la finalidad de protegerlo, estas limitaciones deben estar justificadas y deben tener la finalidad de protegerlo sin afectar su dignidad.

2.3.2.3 Menores Capaces de discernimiento

a. El Discernimiento

Discernimiento, cuya raíz proviene del verbo latino *dís-cerno*, quiere decir distinguir, dividir, separar los componentes primigenios de algo, según la Real academia española: “distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ella. Comúnmente se refiere a operaciones del ánimo”.

En efecto, Immanuel Kant considera que el discernimiento es una de las tres facultades del alma que comprende el conocimiento, siendo una “zona intermedia que se halla entre los dominios del entendimiento (teoría) y la razón (práctica)”⁸².

El discernimiento en general es definido por Kant como “la capacidad de subsumir bajo reglas” y “pensar lo particular como contenido bajo lo universal”⁸³. El discernimiento es un talento especial, una capacidad individual, y en tanto en cuanto instancia decisoria sobre la aplicación de reglas dicho talento no puede ser enseñado por medio de cualquiera reglas o prescripciones de la consabida lógica general, sino tan sólo ser ejercitado según el caso. En consecuencia y en el sentido ya indicado, su actividad no es demostrable lógica o conceptualmente.

Kant distingue entre discernimiento determinante y discernimiento reflexionante. El discernimiento determinante es requerido cuando algo es

⁸²KANT, Immanuel. “Crítica del discernimiento”. Edición Antonio Machado Libros. Madrid, 2003. P.20.

⁸³KANT, Immanuel. “Crítica del discernimiento”. Ob. Cit. Pp. 21.

llevado bajo conceptos, con lo cual un concepto se ve determinado gracias a una representación empírica dada. El conocimiento del correspondiente concepto y de sus marcas distintivas es algo que se presupone en esa operación. Sólo se necesita subsumir correctamente, es decir, aplicar el concepto adecuadamente y conforme a la regla adecuada. En cambio, se llama discernimiento reflexionante a la capacidad de dar ejemplarmente con una regla para un caso dado, es decir, sobre una representación dada, al efecto de reflexionar merced a un concepto posible según cierto principio. Para ello se requiere de la habilidad para captar regularidades y legalidades implícitas en lo individual y particular sin conocimiento explícito de las correspondientes leyes o reglas conceptuales. Son precisamente tales reglas generales las que se busca en la reflexión.

Subsumir conceptualmente no es otra cosa que la aplicación de un concepto conforme a reglas, hay que tener presente, sin embargo, que la aplicación de conceptos empíricos siempre se ve precedida por una organización categorial. Ésta descansa sobre las funciones de los conceptos puros del entendimiento y de los correspondientes principios del entendimiento puro. Estas reglas fundamentales del entendimiento presiden en la comprensión kantiana todo conocimiento empírico. Dichas reglas nos son conocidas, pero han dejado de estar inmanentemente presentes, al menos lo están no del todo en que se les presta atención en el juicio epistemológico. Sólo se exploran desde una perspectiva reflexivo-trascendental.

Por consiguiente, la libertad es para los seres humanos dotados de razón y al mismo tiempo de sensibilidad a una idea regulativa necesaria. Tiene la facultad del discernimiento el ser libre.

Según Cabanellas el discernimiento es la “facultad intelectual o recto juicio que puede ser discernimiento cognoscitivo, el cual permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas o el discernimiento moral el cual

permite distinguir entre el bien y el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos, dichos y acciones”⁸⁴.

Según Juan Espinoza el discernimiento es entendido como “la capacidad humana de distinguir entre el bien y el mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en el que el ser humano deja su ego y mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no sólo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro”⁸⁵.

Para Diego Norberto Quirno el discernimiento es la “madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias, como elemento del acto voluntario, es presupuesto de la capacidad para celebrar por sí mismos actos jurídicos”⁸⁶.

b. El discernimiento en el ordenamiento jurídico peruano

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce ciertas facultades a los menores capaces de discernimiento.

El artículo 421 del Código Civil que otorga titularidad de la patria potestad a la madre de su hijo extramatrimonial aun sea menor de edad debe ser concordado por el artículo 455° del mismo cuerpo normativo, que otorga al menor la posibilidad de ejercer derechos estrictamente personales a partir de que éste sea capaz de discernimiento.

De la misma forma el artículo 1358° establece que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

⁸⁴CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ob. Cit. Pp. 149.

⁸⁵ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La Capacidad Civil de las Personas Naturales”. Edit. Grijley. Lima, 1998. Pp. 96.

⁸⁶Citado por BASSO, Silvia M. “Obligación alimentaria del progenitor menor de edad”. En: Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos. Cecilia Grosman (Coord.). Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004, p. 264.

Con lo que existe, en nuestro ordenamiento, una consideración de los menores, que hayan logrado discernimiento, como protagonistas de su conducta libre, lo cual se expresa en la noción de sujetos, o sea, actualizadores de su propia esencia, estado o acción, llegando a poder realizar las mismas actividades que todo agente racional consciente.

2.3.3. ACCESO A LA JUSTICIA POR NIÑOS HIJOS DE MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO

La consideración del interés superior del niño se produce cuando el conflicto llega a la justicia, entendida en un sentido amplio, por obra de los adultos o de los organismos estatales o privados encargados de la protección del niño. Un aspecto esencial para amparar el interés del niño o del adolescente es darle el derecho de acudir personalmente a la justicia cuando dicho interés resulte afectado.

El concepto de justicia comprende la justicia alternativa, tal como lo reconoce la Opinión N° 13 de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que “es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquellos”.

2.3.3.1 Concepto Amplio del Derecho al Acceso a la Justicia

El común denominador a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia reside en la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos o intereses o para la resolución de conflictos. Las diferencias comienzan cuando se consideran aspectos como la naturaleza jurídica del propio acceso a la justicia –derecho genérico

vinculado o asociado a un conjunto de derechos humanos específicos, o derecho adscrito al derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva o derecho a un juicio justo-, y de la actividad desarrollada por el Estado para asegurarlo, al igual que al determinar si el acceso a la justicia se refiere, además de a los tribunales, a órganos administrativos o a instancias encargadas de la resolución alternativa de conflictos⁸⁷.

El acceso a la justicia es aquella situación en la que una persona puede utilizar efectivamente el sistema judicial u otros mecanismos alternativos como medio idóneo para resolver conflictos y ejercer sus derechos adecuadamente.

Al igual que quien no tiene salud o educación, quien no puede ejercer sus derechos se encuentra en una situación que merece una política destinada a erradicarla.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, en su sección quinta “Medios Alternativos de resolución de conflictos”, establece que “(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”.

Autores como Cecilia Grosman reconocen a los procedimientos de mediación como parte del sistema de justicia al que puede acceder el menor, en este caso argentino “creemos que favorece su interés este método de solución de

⁸⁷CASAL, Jesús María y otros. “Derechos Humanos y acceso a la Justicia”. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales Ildis. Caracas, 2005. Pp. 23.

conflictos, pues permite enfrentar los problemas de manera constructiva a través de la negociación y la participación comprometida de las partes”⁸⁸.

En el fundamento 40 de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se establece que “Las normas internacionales procuran excluir o reducir la judicialización⁸⁹ de los problemas sociales que afectan a los niños que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alternar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

2.3.3.2. Hijos de Madres Menores como Titulares del Derecho de Acceso a la Justicia

Los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son los conceptos inseparables del sistema de valores y principios característicos de la sociedad democrática. En ésta los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

Entre los valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la

⁸⁸GROSMAN. Cecilia. “Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad”. Ob. Cit. p. 64.

⁸⁹ Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de Riad.

situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.

Consideraciones que se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas a su cargo.

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derechos de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño es un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

Personas en condición de vulnerabilidad son aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Los menores de edad son considerados como personas en condición de vulnerabilidad, más aún cuando reúnen además de la edad otras desventajas como la pobreza, o la minoría de edad de sus progenitores.

Roberto Gargarella los denomina grupos desaventajados “una realidad que nos dice que dentro de nuestra sociedad existen grupos, que no reciben el debido trato que se merecen. En cuyos casos se justifica dejar de pensar en derechos iguales para todos, para pasar a defender el ordenamiento de derechos especiales para ciertos grupos”⁹⁰.

2.3.3.3. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos Familiares como contenido del derecho humano al acceso a la justicia

La búsqueda de nuevas modalidades de composición del conflicto que ha operado a nivel nacional e internacional obedece al severo cuestionamiento al que está sometido el modelo judicial tradicional y a la conveniencia de reformular las reglas de remedios de las divergencias familiares.

a. El Conflicto

El conflicto se da en cada uno de los ámbitos de nuestra vida y de nuestro mundo, desde los primeros días de nuestra existencia hasta el fin de ella; el conflicto forma parte de nosotros. Es un reconocimiento y una confrontación de nuestras diferencias.

Autores como Carlos Marx y Carl Schmitt estaban convencidos de que el conflicto era el motor de la historia, “La etiqueta zoológica de la humanidad es una impostura porque los descendientes de Adán viven en irremediable hostilidad. Y el hombre es incapaz de producir por sí mismo la reconciliación con el hombre. Sólo en Dios podría haber humanidad. Mientras tanto guerra”⁹¹.

Frente a las teorías filosóficas y sociológicas y a las doctrinas políticas que, desde diversos supuestos, defienden la posibilidad de una sociedad sin conflictos, se levanta una corriente doctrinal de carácter eminentemente

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. “Derecho y grupos desaventajados”. Editorial Gedisa. Barcelona, 1999. Pp. 18.

⁹¹ SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús J. “La Idiotéz de lo Perfecto: Miradas Políticas”. Ob. cit. p. 38.

realista que entiende que el conflicto constituye un aspecto o dimensión natural de la vida humana social; un hecho social normal. El conflicto, en cuanto fenómeno ordinario de la vida humana que encuentra su raíz antropológica más profunda en la naturaleza desfalleciente del hombre, se presenta a nuestra consideración como un hecho de carácter ambivalente, resultando, por un lado, de los cambios sociales y motor, por otro lado, de dichos cambios, que se constituyen en eje de momentos de significación tanto funcional como disfuncional, dentro del proceso de la vida social⁹².

Conflicto significa la percepción de divergencia de intereses o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultáneamente o conjuntamente⁹³.

Es la tensión que se genera entre personas que pretenden objetivos aparentemente contrarios, pueden ser ocasiones para propiciar cambios y, por tanto, necesarios para la evolución de las personas o sociedades.

Las posiciones son la verbalización de la secuencia de hechos realizada por cada una de las personas que se perciben como enfrentadas en un tema. Será el relato de una parte frente a la otra. Son, a simple vista, las pretensiones de las partes pero no hay que quedarse en ellas, hay que analizarlas. Posición es lo que se afirma, lo que se muestra, lo que parece que se desea conseguir. Pero las cosas que se exigen son términos y condiciones.

Una posición es una forma de satisfacer los intereses, pero no la única posible. Los resultados de una negociación basada en las posiciones serán de tipo distributivo; el que consiga obtener respuesta a su posicionamiento se

⁹² Montoro Ballesteros, Alberto. Conflicto Social, derecho y proceso. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho 20. Universidad de Murcia. 1993, Lérida. Pp. 7.

⁹³ M. Boldú, R. Carrasco, M González, A Rubí, I Valls. Introducción a la Mediación. En: Mediación Familiar y social en diferentes contextos. Coord. Ana Poyatos García. Universitat de València., 2003. Pp. 77.

sentirá ganador, el que no consiga las pretensiones que ha verbalizado será perdedor. Este tratamiento del conflicto no permite llegar a soluciones

Al constituir el conflicto uno de los fenómenos fundamentales de la sociedad, nada tiene de extraño que dicha noción se haya erigido en categoría metódica fundamental para la comprensión de la historia, la cual, en un intento de interpretación global, ha sido entendida y explicada en términos de conflicto y lucha de las diferentes especies por su supervivencia; como lucha de los pueblos o naciones por el predominio de unos sobre otros; como lucha de clases; como lucha de las diferentes razas por la supremacía y el poder.

Desde supuestos influidos por el darwinismo, la idea de conflicto, de lucha, pasa a constituirse, con Ihering, en una de las categorías fundamentales para la comprensión de los fenómenos jurídicos. Para Ihering, la expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz: la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre con los ataques de la injusticia. La lucha no es, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea. Todo Derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como de un individuo, supone que están, el individuo y el pueblo, dispuestos a defenderlos. “La lucha es el trabajo eterno del Derecho. Si es una verdad decir: ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho⁹⁴.

Luis Díez-Picazo elige la idea de conflicto como punto de partida para la aproximación al estudio del Derecho. “Frente a la pura concepción

⁹⁴Idem. Pp. 9.

normativista, es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses”⁹⁵.

El derecho necesita el concurso de fuerza efectiva. Lo necesita para su realización concreta (...). Lo necesita para su formación abstracta; el derecho no se reconoce como la verdad, se establece por la lucha de los intereses; no por la virtud de razonamientos y deducciones, sino por la acción y la energía de la voluntad general”⁹⁶.

Para el maestro procesalista Francesco Carnelutti el proceso no surge del proceso, sino de una situación meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Denomina esta situación de conflicto, originadora del proceso, litis o litigio, conflicto jurídicamente transcendente y susceptible de solución jurídica, según el procesalista italiano antes citado “la litis puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida. El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal”⁹⁷.

Una litis, puesto que es un conflicto intersubjetivo de intereses, tiene necesariamente dos sujetos, cada uno de ellos toma el nombre de parte; con lo cual se indica más bien su posición que su individualidad, esto es, que es uno de los sujetos del conflicto y, por tanto, forma parte de él.

Los medios para la solución de los conflictos sociales se han ido depurando, perfeccionando, a lo largo del proceso de racionalización que ha experimentado la vida social, política, económica y jurídica del hombre.

⁹⁵ Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teorías del Derecho*. Ed. Ariel, 3º ed. Barcelona, 1993. Pp. 7.

⁹⁶ IHERING. *El fin en el Derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, Pp. 123.

⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. “*Instituciones del Proceso Civil*”. Trad. Santiago SentisMelendo. Vol. I. 4º Edic. EJE Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1950. Pp.28.

b. Resolución Alternativa de Conflictos

A nadie escapa la crisis que padece el proceso judicial como vía pacífica de resolución de controversias, concurren para ello experiencias notables como la lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso. Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone.

Surgen así institutos como el arbitraje, la mediación y la conciliación como alternativas al Proceso judicial para la solución de controversias privadas. Carnelutti denomina “equivalentes al proceso civil”, aquellos mecanismos distintos al judicial, que sirven para solucionar las controversias, según él “la composición de la litis puede obtenerse también por medios distintos del proceso civil; puesta como función de ésta dicha composición, se entiende que, para denotar tales medios, puede servir el concepto de equivalente”⁹⁸.

La noción de equivalente procesal se resuelve en dos hipótesis: o la litis se compone por obra de las partes mismas, o se compone por obra de un tercero distinto del oficio judicial. En el primer caso se puede hablar de autocomposición de la litis; puesto que no interviene el empleo de aquel método al cual se da nombre de proceso, la autocomposición es también composición extraprocesal de la litis. En el segundo caso se utiliza para la composición un órgano extraprocesal, que puede ser un particular (árbitro).

Para Niceto Alcalá “Producido el litigio o conflicto entre dos esferas contrapuestas, cabe que se solvente por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero”⁹⁹.

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. “Instituciones del Proceso Civil”. Ob. Cit. Pp. 109.

⁹⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Proceso, Autocomposición y Autodefensa”. 3º edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2000. Pp. 12.

A decir de Gozáini “Lo común es que estas alternativas de solución de controversias jueguen indiferentes al proceso, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales”¹⁰⁰.

Los medios por los cuales un conflicto puede resolverse son la autodefensa y la autocomposición, la segunda es un medio de composición que puede presentarse unilateral o bilateralmente y operar en forma directa (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o indirecta (con la ayuda de un tercero)¹⁰¹.

Los medios de composición directa son el desistimiento, el allanamiento y la transacción; los medios de composición indirecta son la mediación y la conciliación.

c. Conciliación Extrajudicial Familiar

Entre las alternativas al proceso judicial, como una especie dentro de las formas de resolución de conflictos, figura la conciliación familiar enmarcada en el instituto genérico de la conciliación.

Su utilización en los conflictos familiares resulta justificado en gran parte por los resultados promisorios alcanzados y registrados en otros países, tanto europeos como americanos.

La conciliación, a criterio de algunos autores, se vincula estrechamente con el “nuevo” derecho de los niños y adolescentes, en tanto es, en sí misma, una alternativa a la judicialización de los conflictos familiares, dado que genera un cambio radical en su resolución.

Para Marianella Ledesma la conciliación es un acto jurídico que se sustenta en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad. El ejercicio de esta

¹⁰⁰ GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. “Notas y Estudios sobre el Proceso Civil”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México, 1994. Pp. 44.

¹⁰¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”. Editorial Juris. Santa Fe, 2009. Pp. 4.

autonomía no es ilimitada, pues las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres. Ello es coherente con lo regulado con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil¹⁰².

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. “El verbo proviene del latín conciliatio, que significa composición de ánimos en diferencia”¹⁰³.

En cada una de esas precisiones está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberlo promovido.

Para Cernelutti la conciliación es una de las formas de autocomposición de la litis, nos dice que “con miras al beneficio que la autocomposición de la litis procura, evitando la pérdida de tiempo y de dinero exigidos por la solución procesal, es favorecida por la ley de la actividad orientada a obtenerla y que toma el nombre de conciliación”¹⁰⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico la conciliación extrajudicial está regulada por la Ley 26872, Ley General de Conciliación Extrajudicial y sus modificatorias contenidas en el Decreto Legislativo N° 1070, destinada a aplicarse en los Centros de Conciliación, sin embargo existen otras instituciones que se encuentran facultadas por la ley para desempeñar una labor conciliatoria, como es el caso de la Ley 27007 que faculta a las Defensorías del Niño y Adolescente, debidamente autorizadas por el

¹⁰² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo”. T 2. Edit. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2008. Pp. 20.

¹⁰³ GOZAINI, Oswaldo Alfredo. “Notas y Estudios sobre el Proceso Civil”. Ob. Cit. Pp. 45.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. “Instituciones del Proceso Civil”. Ob. Cit. Pp. 113.

Ministerio de la Mujer, a realizar conciliaciones extrajudiciales sobre las materias propias de su función.

La ley general de conciliación señala en su artículo 1° que la conciliación constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos. “Tal expresión constituye la literal traducción de la expresión anglosajona “Alternative Dispute Resolution”, la cual hace alusión al conjunto de formas de resolución de las controversias distintas al proceso judicial, y que en la literatura anglosajona se suele indicar simplemente con las siglas ADR, por lo cual, siempre por imitación, se está haciendo común que también en nuestra lengua para referirnos a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se usen las siglas MARC”¹⁰⁵.

En el caso de conciliaciones extrajudiciales familiares que involucra a menores de edad se ha sostenido que “...a la luz de los principios y bases de la mediación, la nueva visión de los conflictos que aquejan a los niños, niñas y adolescentes, se concentra principalmente en dos proposiciones clave el derecho a ser oído y el interés superior del niño. La conciliación de estos preceptos con las normas sustanciales o formales, que no se han adecuado todavía a la Convención sobre los Derechos del Niño, puede tener como consecuencia directa que sus derechos no sean reconocidos apropiadamente o que, en ocasiones, sean negados. Es por ello que la conciliación constituye un ámbito de actuación novedoso y un instrumento de primer nivel para la defensa y la protección de los derechos de la infancia”¹⁰⁶.

En los procesos llevados a cabo ante un Juzgado de Familia y en los cuales la situación de los niños activa la jurisdicción, es bueno detenerse a observar la posición de las partes en conflicto. Así veremos que, en determinados casos, para los padres pasa a ser una controversia centrada en el objeto

¹⁰⁵ ARIANO DEHO, Eugenia. “Problemas del Proceso Civil”. Edit. Jurista Editores. Lima, 2003. Pp. 13.

¹⁰⁶ ALBOHRI TELIAS, Débora y ENRIQUE ANTÓN, Ricardo. “La mediación en el Juicio de Alimentos”. En: Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos. Ob. Cit., p. 411.

“niño” –quien lo tiene, quien lo cuida, quien lo alimenta- en lugar de un conflicto en el cual el niño es la parte más afectada y a quien se debe proteger.

2.3.4. SERVICIO DE DEFENSORÍAS DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y AL ADOLESCENTE

2.3.4.1. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y AL ADOLESCENTE

El libro segundo del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley del 28 de diciembre de 1992, el cual fue firmado por el entonces presidente del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional Alberto Fujimori¹⁰⁷ con el presidente del Consejo de Ministros Oscar de la Puente Raygada y el Ministro de Justicia Fernando Vega Santa Gadea, se titula, al igual que el Código vigente, “Del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente”, sin embargo dicho sistema, cuyas siglas son SNAINA es establecida, recién, en agosto de 1995 a través de la Ley N° 26815, que desarrolla la finalidad del Sistema, sus integrantes, sus objetivos, la estructura del Ente rector y su constitución como programa presupuestal del Ministerio de la Presidencia.

Este sistema se define como el conjunto de órganos, entidades y servicios públicos y privados que formulan, coordinan, supervisan, evalúan y ejecutan

¹⁰⁷He aquí una semejanza más, para aquellos que equiparan el Gobierno de Alberto Fujimori con el de Augusto B. Leguía, puesto que mientras este último ratifica la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y por Decreto Orgánico del 25 de abril de 1924 crea los Estatutos de Defensa de la Infancia, y por el mismo Decreto, el Instituto Nacional del Niño como órgano de ejecución de la Junta, invitando a la iniciativa privada a formar un Patronato de la Niña Madre abandonada como factor de la defensa del niño, el cual se aprueba por Resolución Suprema del 12 de Diciembre de 1925 en la Conferencia sobre el Niño Peruano inaugurada por el mismo Augusto B. Leguía; el Gobierno de Alberto Fujimori ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y dicta el Código de los Niños y Adolescentes, elevando al nivel del Ministerio de la Presidencia el SNAINA, y nos deja una institución que perdura hasta hoy las Defensorías de los Niños y Adolescentes, populares en los 90's en sus forma de DEMUNAS.

los programas y acciones desarrollados para la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes.

Dentro de él, se señala el Ente Rector como órgano central del Sistema, que en 1996 se reglamenta, a través del Decreto Supremo N° 018-96-PRES. El organigrama aprobado colocó al Ente Rector del Sistema al mismo nivel que los Vice Ministerios del Ministerio de la Presidencia al que estaba adscrito. En su artículo 5° se le otorgó autonomía técnica, funcional y administrativa.

Dentro del Ente Rector, el Directorio era el órgano de mayor jerarquía que establecía las metas, formulaba, orientaba y aprobaba las políticas del Sistema. Era presidido por un representante del Ministerio de la Presidencia e integrado por un representante de cada uno de los siguientes ministerios: Salud, Educación, Justicia, Trabajo, y Economía y Finanzas, dos representantes de la Iglesia Católica y tres representantes de la Sociedad Civil.

Asimismo, la norma preveía la conformación de entidades semejantes al ente rector a nivel regional que dependía administrativa, funcional y técnicamente de él y tenía sus respectivos directorios. Establecía que la finalidad del Sistema era “coordinar, orientar, integrar, estructurar, formular, supervisar y evaluar las políticas, planes, programas y acciones a nivel nacional dirigidas a la atención integral de todos los niños y los adolescentes”.

En octubre de 1996, por Decreto Legislativo N° 866 se crea el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, PROMUDEH, incorporando a este las funciones del Ente Rector. Este hecho tuvo como consecuencia que el Ente Rector del SNAINA descienda en su nivel jerárquico y, por ende, en su influencia sobre los demás sectores, asimismo, al pertenecer a un sector específico pasa a depender de ella presupuestal y funcionalmente, ambos hechos le hacen perder su capacidad articuladora con los sectores del Estado y su capacidad directriz de las políticas públicas en infancia, al

depender estas de una cartera y no del coordinador de las políticas del Estado, como es la Presidencia del Consejo de Ministros.

En abril de 1999 se emite el Decreto Supremo N° 004-99-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo libro segundo norma el SNAINA, pero no hace referencia al Ente Rector. En agosto del 2000 se promulga con Ley N° 27337 el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, vigente a la fecha, que en el segundo libro establece el SNAINA y al PROMUDEH como su Ente Rector.

La normatividad del SNAINA a lo largo de estos años ha sufrido constantes modificaciones. En el gobierno de Alejandro Toledo el sistema desaparece en su implementación así como en el conocimiento y conciencia de los diversos operadores del Estado acerca de su existencia. Entre los años 2002 y 2004 con la nueva estructura orgánica del MIMDES y la creación de dos viceministerios y sus órganos de línea se encarga la rectoría, además del SNAINA, del Sistema Nacional de Población en Riesgo, pero no se establece la relación entre ambos.

El Código de los Niños y Adolescentes pone mayor énfasis en el Ente Rector y mucho menos en el diseño del Sistema. Hasta ahora lo que más se ha desarrollado es el marco normativo del Ente Rector, sin embargo este ya no cuenta con un directorio del mayor nivel jerárquico para la implementación de las políticas del Estado; ni con la participación de la sociedad civil para la legitimización de estas.

Actualmente, dentro de la estructura orgánica del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables existe la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes, que se halla dentro de la Dirección General de familia y Comunidad, y que tiene a su cargo la gestión y reporte del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia, la cual es seguida por el Comité Multisectorial para la implementación del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la

Adolescencia donde participan 13 sectores del Estado, la Defensoría del Pueblo y representantes de la Sociedad Civil.

2.3.4.2 Prototipo Base: Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia

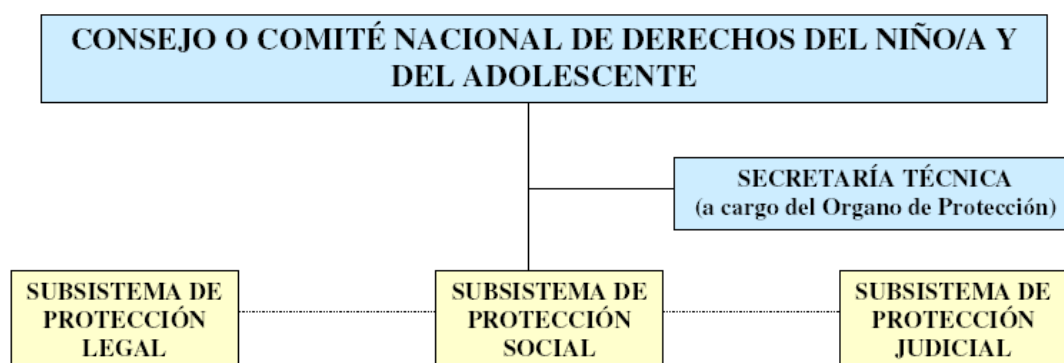
En marzo del 2003 el Instituto Interamericano del Niño (INN), presenta una propuesta titulada “Prototipo Base: Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia” a los países de América, luego de muchos estudios realizados en diversos países de la región donde se recogieron experiencias y modelos.

Este estudio propone una estructura sistémica construida en base a tres grandes subsistemas:

1. **Subsistema de Protección Legal**, integrado por todas las normas y regulaciones que definen la relación entre la infancia y el Estado; la infancia y la comunidad; la infancia y la familia; y que en definitiva establecen el marco de regulaciones entre la niñez y la sociedad como un todo. Este subsistema sienta sus bases en la consideración de los niños/as como sujetos de plenos derechos por lo que debe prever mecanismos que permitan su exigibilidad. Está constituido por diferentes actores y cuyos roles permitirán garantizar la vigencia de este subsistema.
2. **Subsistema de Protección Social**, integrado por todos aquellos programas, proyectos y servicios enfocados a garantizar y restituir los derechos establecidos para los niños y adolescentes. Este subsistema es necesario porque permite integrar una red de organismos y programas vinculados al Estado y a las organizaciones sociales que abarque potencialmente a toda la infancia sin que exista espacio de exclusión.
3. **Subsistema de Protección Judicial**, integrado por los órganos que aplican las leyes dirigidas a los menores de edad.

Cuadro 1.

SISTEMA NACIONAL DE INFANCIA
LÓGICA GENERAL DE LOS SUBSISTEMAS



Estos Subsistemas son dirigidos por un Consejo o Comité Nacional que está integrado por todas aquellas instituciones públicas y privadas que trabajan en la temática. Asimismo, contarían con una Secretaría Técnica a cargo del órgano de protección rector en el tema a nivel nacional.

El Subsistema de Protección Legal, estaría constituido por dos componentes: Las Normas Nacionales y las Normas Internacionales.

El Subsistema de Protección Judicial, estaría constituido por dos componentes: Justicia de Menores y Justicia de Familia. Dentro del Componente de Justicia de Menores se ubicaran tres temas: Garantía, Defensoría y Sistema de Responsabilidad Penal.

El Subsistema de Protección Social es el más extenso, se compone de Servicios Universales y Servicios Focalizados, distribuyendo para los servicios universales los servicios a cargo de los sectores, como: Salud, Educación, Vivienda, Justicia, Trabajo, Deporte, y otros que –dependiendo de cada país- por derecho les corresponden a todos los menores de edad. Para el caso de los Servicios Focalizados se ubican los programas especializados en determinada población objetivo debido a la situación de

vulnerabilidad o riesgo en que se encuentren. Como ejemplo podemos hablar de los menores de edad con discapacidad, aquellos que sufren maltrato, aquellos víctimas de trata en todas sus formas, adicciones drogas, mendicidad, entre otros. Este grupo de servicios cuenta con componentes de ingreso a los programas que atienden a cada población objetivo, así como componentes de prevención y atención, todo estructurado de forma sistémica.

2.3.4.3 El Modelo Peruano. SNAINA: Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente

En el año 2005, instituciones públicas y privadas preocupadas por el estancamiento de la construcción del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, generaron un diagnóstico que puedan servirle de base, a partir de un estudio en que el Estado se ha organizado para trabajar la temática.

En dicho estudio se generan cuatro subsistemas que trabajan en torno al Ente Rector, que normativamente es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes:

- 1. Subsistema de Desarrollo de Capacidades vinculado al derecho a la supervivencia y al desarrollo,** lo componen los sectores de Salud, vinculado al tema de la supervivencia, y Educación, vinculado al tema del desarrollo.
- 2. Subsistema de Protección de la Infancia en situaciones de vulnerabilidad y riesgo,** lo componen todos aquellos órganos de protección social que previenen, protegen y atienden situaciones negativas para el desarrollo del menor, y que vulneran real o potencialmente sus derechos, como son el MIMP (INABIF, PRONAA, PNCVFS, etc.), MINTRA, MINITER y el Poder Judicial.

- 3. Subsistema de Garantía de Acceso y Administración de Justicia a la Infancia**, dirigido a aquellos menores cuyos derechos ya han sido vulnerados. Donde se encuentra el Servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes.
- 4. Subsistema Normativo de Exigibilidad de Derechos**, que está compuesta por aquel órgano que se encarga del marco normativo para el funcionamiento de los sectores involucrados, o sea el Parlamento.

Este estudio hace una propuesta enunciativa de la ubicación de la Defensoría en el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente.

2.3.4.4. EL SERVICIO DE DEFENSORÍAS

Los derechos generales y específicos que han sido reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, han permitido el desarrollo de diversas líneas de acción en torno a los derechos que les asiste a niña, niños y adolescentes, como por ejemplo el derecho a la libertad, una familia, a ser escuchados, al reconocimiento de una capacidad progresiva, entre otros.

Cabe señalar que en esta gama de posibilidades, las acciones de promoción y defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia son de esencial importancia, debido a que inciden en la valoración del ser humano y el bienestar familiar. En tal sentido, las Defensorías del Niño y el Adolescente contribuyen al gran objetivo de sensibilizar y comprometer a la comunidad, influyendo en la construcción de una cultura de respeto y buen trato de nuestra niñez y adolescencia.

2.3.4.4.1. Defensorías de los Niños y Adolescentes (DNA)

a. Creación

Se crea en 1992, al promulgarse el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°26102). Norma que promovía la participación conjunta de la Sociedad Civil y el Estado para el logro de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de nuestro país; promoviendo a las Defensorías del Niño y Adolescente como un espacio en el que esto se haga realidad.

El nuevo Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337), ratifica la necesidad de contar con este tipo de servicios. De igual modo ambos Códigos señalan que las Defensorías son parte del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.

A partir de 1996, el Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano – PROMUDEH se convierte en el Ente Rector de este Sistema, teniendo entre sus objetivos el velar por el respeto y el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Desde aquella fecha el PROMUDEH, luego MIMDES y hoy MIMP, a través de la actual Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, y en específico de la Sub Dirección de Defensorías es la autoridad central del Servicio de Defensorías a nivel Nacional.

b. Regulación

Es un servicio público que pertenece al Subsistema de Garantía de Acceso y Administración de Justicia a la Infancia del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente regulado en el Código de los Niños y Adolescentes, es un mecanismo que permite la promoción, defensa y vigilancia de sus derechos. Su necesidad se ha ratificado en el Acuerdo Nacional, y son una de las instancias responsables de la ejecución del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2011-2021.

En la actualidad, según cálculos del Unicef¹⁰⁸ existen 2,180 Defensorías a nivel nacional, sin embargo sólo 831 están registradas en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables MIMP. Todas ellas atienden un total de 209,487 casos, de los cuales 44,013 casos fueron sobre temas relacionados con pensión de alimentos, 9,035 a régimen de visitas, 10,016 a tenencia de los hijos y 7,150 reconocimientos voluntarios de filiación, asimismo, entre las personas atendidas 103,655 usuarios fueron menores de edad

Según el artículo 42° del Código de los Niños y Adolescentes: “La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescentes. Este servicio es de carácter gratuito”.

Las Defensorías, aun así funcionen en una Institución Promotora privada, cumplen una función administrativa y pública, tal como lo establece el artículo VII del Título Preliminar de la Guía de Procedimiento de Atención de casos en las Defensorías del Niño y del Adolescente: “A nivel nacional las Defensorías de los Niños y Adolescentes ejercen función administrativa y pública, y en forma especial aquellas que establece el Código de los Niños y Adolescentes, y otras normas sobre la niñez y adolescencia”.

Estas normas son:

- ✓ Constitución Política del Perú.
- ✓ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990.

¹⁰⁸ UNICEF. “Defensorías de los Niños y Adolescentes. Con todo Derecho”. Lima, 2006. Pp. 2.

- ✓ Ley 26872 “Ley de Conciliación”.
- ✓ Ley 27007 “Ley que faculta a las Defensorías del Niño y del Adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución”.
- ✓ Ley N° 27793 “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social”
- ✓ Decreto Supremo N° 11-2004-MIMDES aprueba el “Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social”.
- ✓ Decreto Supremo N° 14-2008-JUS “Reglamento de la Ley de Conciliación”.
- ✓ Decreto Supremo N° 06-99-PROMUDEH, que aprueba el “Reglamento de la Ley que Faculta a las Defensorías del Niño y Adolescente a realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución – Ley N° 27007”.

De acuerdo al artículo 46 del Código de los Niños y Adolescentes, las Defensorías deben inscribirse en el Ministerio de la Mujer, como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, para ello, el Ministerio cuenta con la Sub Dirección de Defensorías que forma parte de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes.

El Código de los Niños y Adolescentes, mediante su artículo 45, establece cuales son las funciones específicas de Defensorías de los Niños y Adolescentes, estas son:

- Conocer la situación de los niños y adolescentes que se encuentran en instituciones públicas o privadas;

- Intervenir cuando se encuentran amenazados o vulnerados sus derechos para hacer prevalecer el principio del interés superior;
- Promover el fortalecimiento de los lazos familiares. Para ello puede efectuar conciliaciones extrajudiciales entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que no existan procesos judiciales sobre estas materias;
- Conocer la colocación familiar;
- Fomentar el reconocimiento voluntario de la filiación.
- Programar programas de atención en beneficio de los hijos y adolescentes que trabajan;
- Brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas, siempre que no existan procesos judiciales previos; y
- Denunciar ante las autoridades competentes las faltas y delitos cometidos en agravio de los niños y adolescentes.

De esta forma la Defensoría del Niño y Adolescente aporta a la solución de problemas intrafamiliares, desempeñando la función, mediadora, mediante la reunión de reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial, y la conciliadora apoyando a las partes en la solución de sus conflictos en tres temas: Alimentos, tenencia y régimen de visitas, cuando los derechos de los menores de edad se encuentran comprometidos. Rigiéndose por una Guía de Procedimiento de Atención de Casos en las Defensorías del Niño y Adolescentes, la cual fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 669-2006-MIMDES el 08 de setiembre del 2006.

Frente a un panorama en el que priman los conflictos al interior de la familia y/o la relación de los padres por los deberes parentales para con

los hijos, el servicio de Defensorías del Niño y del Adolescente, les ofrece la posibilidad de solucionar el conflicto a través de la conciliación extrajudicial conforme a las facultades que la Ley N° 27007 le confiere al servicio.

c. Modelos de Defensorías

Pueden formar una Defensoría de los Niños y Adolescentes las instituciones públicas o privadas, así como las organizaciones de la sociedad civil, que se muestren interesadas en la situación de la niñez y la adolescencia y estén dispuestas a brindar un buen servicio.

La institución que conforma e impulsa una Defensoría es denominada “Institución Promotora”, las defensorías dependen administrativa y económicamente de ellas.

- **Defensorías Municipales (DEMUNAS)**

Una de las instituciones promotoras es la Municipalidad provincial, distrital o Centros Poblados Menores, las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes – DEMUNAS, dependen administrativamente de la Municipalidad y funcionalmente del Ministerio de la Mujer. A nivel nacional el 50% de las municipalidades cuenta con Defensorías. La totalidad de municipios del Callao y Lambayeque brindan el servicio de defensorías, por su parte el 98% de municipios de Lima Metropolitana cuenta con una DEMUNA, es así que, a pesar que las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes - DEMUNAS, son las más conocidas¹⁰⁹, existen diferentes modelos de Defensorías, de acuerdo a la institución promotora, siempre manteniendo la idea de que sean lo más cercanas a la población posible.

¹⁰⁹ Colectivo Nacional de Apoyo a las DEMUNAS. “Manual de Gestión DEMUNA”. Acción por los Niños. 1° edic. Lima, 2004.

Aunque las DEMUNAS son las Defensorías que atienden la mayor cantidad de casos debido a un mejor soporte institucional por parte de la Municipalidad Provincial o Distrital, los otros modelos de Defensorías tienen una gran importancia en la vida de los usuarios dependiendo de la legitimidad que le sea reconocida.

- **Defensorías Escolares (DESNAS)**

El Ministerio de Educación, a través de sus órganos intermedios, tiene el deber de impulsar, implementar y hacer que funcionen las Defensorías Escolares en todos los colegios de su jurisdicción. El responsable es el director del centro educativo, y los defensores, que son los maestros, son elegidos por los alumnos en votación secreta. Los promotores defensores son los alumnos elegidos de cada grado, y esta elección también se hace a través de una votación. Igualmente, pueden integrarse como promotores todas las personas de la comunidad educativa que lo soliciten, los mismos que serán admitidos después de una evaluación del equipo de la Defensoría.

Estos representantes deben prestar su apoyo a toda la comunidad educativa (docentes, alumnos, padres de familia y personal administrativo) y a toda la jurisdicción en la cual se encuentra el colegio.

Si bien es cierto que la mayoría de atenciones en este modelo de Defensoría son sobre temas vinculados a la atención educativa, como la matrícula oportuna, normas de comportamiento y violencia escolar, también están facultadas para resolver controversias familiares que involucren a los escolares mediante los procedimientos de Filiación Voluntaria Extrajudicial y las conciliaciones extrajudiciales sobre tenencia, alimentos y régimen de visitas.

Las defensorías son muy activas debido a que la escuela es una pequeña sociedad en sí, donde se repiten muchas de las cosas que ocurren en la vida diaria.

- **Defensorías en la Iglesia**

Tradicionalmente, en nuestro país, la Iglesia Católica cumple una función de bienestar social que comprende la asistencia a los menores de edad, incluso, durante el Virreinato la administración de los hospitales y la educación eran competencia propia del clero.

Hoy en día, la Pastoral de Infancia Diocesana promovió la creación de la Defensoría del Niño y del Adolescente diocesana. El ente diocesano se encarga de capacitar a los miembros de las parroquiales debido a que poseen mayores recursos y están mejor implementadas.

El sacerdote, religioso o laico responsable de la Defensoría Diocesana es nombrado por el obispo, mientras que en las Defensorías del Niño y del Adolescente Parroquiales el encargado puede ser el propio párroco, un sacerdote, un religioso o un agente pastoral que él designe. Los defensores, promotores defensores y demás miembros son feligreses voluntarios. El trabajo de todo el equipo está destinado a prestar servicio a todos los miembros de la comunidad donde se encuentra la iglesia.

- **Defensorías Comunes, Organizaciones Sociales de Base u Organismos No Gubernamentales**

Una Defensoría comunitaria se forma gracias al compromiso social de las organizaciones de base, asociaciones comunales, juntas vecinales, y comunidades campesinas e indígenas para velar por los derechos de las familias, niños, niñas y adolescentes de la localidad.

Entre las medidas urgentes establecidas por el UNICEF en su Reporte anual “Estado Mundial de la Infancia 2012” se encuentra “Promover la creación de asociaciones entre los niveles del gobierno y las habitantes pobres de las zonas urbanas marginales, especialmente los niños y los jóvenes”¹¹⁰.

Si bien es cierto que éstos son modelos pensados en las localidades más alejadas de nuestro país, no son pocas las Defensorías Comunes en Lima, así tenemos la Defensoría del Niño y Adolescente “ Los ángeles” de la Central de Comedores Unidos de Lomas de Carabaylo – CULCA; la Defensoría Comunal del Niño y del Adolescente “Niño tú eres primero” de la Central Distrital de Comedores Populares Autogestionados y Afines del distrito de Santa Anita; entre otros.

Así como en diferentes instituciones privadas como la Defensoría de los Niños y Adolescentes del Colegio de Abogados de Lima “Raquel Guerra Távara”, la Defensoría del Niño y del Adolescente “Mujeres de ODICEMOC” de la Organización Distrital de Centrales de Mujeres Organizadas en el distrito de Comas.

d. Defensores

Las Defensorías cuentan con la siguiente organización:

Cuadro 2:



¹¹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. “Estado Mundial de la Infancia 2012”. Naciones Unidas. Nueva York, 2012, p. iv.

Según el artículo 44° del Código de los Niños y Adolescentes: “La Defensoría estará integrada por profesionales de diversas disciplinas de reconocida solvencia moral, con el apoyo de personas capacitadas para desempeñar las funciones propias del servicio, quienes actuarán como Promotores-Defensores.

El Defensor, para tener la facultad de conciliar extrajudicialmente, según el artículo 28 del Reglamento de la Ley 27007 Decreto Supremo 006-99 PROMUDEH, debe ser mayor de edad, miembro de la Defensoría, tener una trayectoria ética y moral, haber sido capacitado y entrenado en temas de familia y técnicas de conciliación y finalmente tener capacidad de comunicación.

De esta forma, si bien es cierto que no todo Defensor es abogado, y que en un inicio las Defensorías preferían un Defensor Psicólogo o de otra profesión capaz de dar solución a conflictos familiares de manera pacífica, estas Defensorías se vieron en la necesidad de contar con un profesional del derecho quien verifique la legalidad de los acuerdos contenidos en el acta de Conciliación Extrajudicial, lo cual está llevando a que cada vez más entidades encarguen sus Defensorías en calidad de responsable o Defensor.

2.3.4.4.2. Campos de Acción de las Defensorías

a. Promoción

Es el despliegue de acciones planificadas, orientadas a cambiar la forma de pensar de las personas en torno a los derechos de la niñez y adolescencia.

Es importante porque involucra a las familias e individuos como agentes activos de su propio cambio, refuerza y desarrolla habilidades sociales y personales de los propios niños, niñas y adolescentes.

En ejercicio de esta función las Defensorías organizan campañas que involucran la realización de diversas actividades dirigidas a cumplir un determinado objetivo en torno a un tema o problemática específica.

b. Defensa

La defensa se concretiza a través de la atención de casos, el mismo que es el despliegue de acciones organizadas para cesar un peligro o la vulneración de un derecho o restituirlo.

Es importante porque facilita el acceso a la justicia, contribuye a la construcción de la paz social, constituye un aporte de la desjudicialización de los procesos sobre controversias familiares en el país y busca el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, contribuyendo a su desarrollo integral.

La atención de un caso es la Defensoría del Niño y del Adolescente, involucra cuatro etapas: recepción, calificación, ejecución de la acción dispuesta y seguimiento; empleando los siguientes mecanismos de resolución:

- **Recepción y calificación del Caso:** En estas dos etapas el Defensor toma conocimiento del caso, ya sea de manera oral o escrita, generalmente a través de un o una Informante que puede ser a la vez la misma usuaria. Luego evalúa el caso y determina la acción a seguir. Este proceso no debe tardar más de 7 días hábiles contados a partir del momento en el que se tomó conocimiento del caso. En el periodo de calificación pueden utilizarse diferentes técnicas como: entrevistas con las partes involucradas, verificación de los hechos y evaluaciones realizadas por profesionales especializados, etc.
- **Ejecución de las Acciones Dispuestas:** Como resultado de la calificación y de acuerdo a los resultados, se puede llevar a cabo la

derivación, la conciliación extrajudicial, el compromiso o las acciones administrativas.

- ✓ Defensa de los hijos de las madres menores de edad: Ante la presencia de una madre menor de edad que acude a la Defensoría pretendiendo representar a su hijo en la solución de una controversia familiar sobre filiación, tenencia y alimentos, ya sea con sus propios familiares o con su pareja o con la familia de su pareja, los funcionarios de la defensoría en obediencia a los principios del Interés superior del niño y del niño como sujeto de derechos, no podrían cerrarle las puertas a esta madre con el fundamento de que por su edad no tiene la capacidad de representar a su hijo y que tendría que acudir a la instancia judicial.

Muy por el contrario los funcionarios de la Defensoría, están en la obligación de atender a esta madre menor de edad, y apoyarla en la búsqueda de una solución consensuada a las controversias que implican a su hijo, mediante las acciones dispuestas en la Guía de Procedimientos de Atención de Casos en las Defensorías del Niño y del Adolescente

- Seguimiento: es el conjunto de acciones que realiza la Defensoría a fin de verificar los avances, realizar los ajustes de estrategias para alcanzar los resultados previstos lo que supone evaluar el cumplimiento de los acuerdos y en caso de no estar cumpliéndose, recomendar soluciones y correctivos. Lograr el total cumplimiento de los acuerdos en favor de los niños, niñas y adolescentes e identificar las limitaciones y dificultades.

c. Vigilancia

Acciones orientadas a que las Defensorías del Niño y del Adolescente conjuntamente con la comunidad exijan el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La vigilancia no sólo sirve para identificar los problemas que se suscitan en diferentes niveles, sino también para proponer alternativas de solución que normalmente son fruto de consenso de un grupo de ciudadanos organizados.

2.3.4.4.3. Intervención de las Defensorías

a. Por medio del mecanismo de la Conciliación Extrajudicial: Mecanismo alternativo orientado a la solución de conflictos familiares en la que el Defensor, busca promover un acuerdo voluntario entre las partes, en una Defensoría se pueden conciliar tenencia, alimentos y régimen de visitas.

En el caso de madres menores de edad, ante la solicitud de ésta, en representación de su hijo, se invita al padre del menor a una audiencia de conciliación.

La audiencia de conciliación es el acto orientado a lograr un acuerdo voluntario y satisfactorio entre las partes en conflicto, priorizando lo más conveniente para el niño y adolescente.

El plazo máximo de duración de la audiencia de conciliación es de treinta días calendarios, contados a partir de la primera invitación a las partes, el plazo previsto puede ser prorrogado por acuerdo de éstas.

El acta de conciliación de las Defensorías es el documento que expresa la manifestación de la voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial realizadas en dichas Defensorías.

b. Por medio del Compromiso: El compromiso es el acto mediante el cual una o más personas se obligan a restituir los derechos de los niños, niñas y

adolescentes o garantizar su cumplimiento. Siempre y cuando los hechos no constituyan falta o delito.

- **Normas de Comportamiento:** Son reglas o pautas que están orientadas a resguardar los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes. Estas normas pueden aplicarse tanto a los padres como a las niñas, niños y adolescentes, siempre que no implique violencia. A través de las normas de conducta se promueve que la o las partes asuman obligaciones o se mejoren las relaciones personales.
- **Reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial:** Es el reconocimiento voluntario de un niño o niña como hijo. Mediante este procedimiento el Defensor, a solicitud del progenitor que ha reconocido al menor, quien acude a la Defensoría en su representación, invita al padre que no lo haya reconocido a una reunión que busca la celebración de un compromiso en donde los asistentes se obligan a restituir los derechos de los niños o garantizar su cumplimiento, concretamente el reconocimiento de filiación.

Según el artículo 51 de la Guía: “La reunión se podrá desarrollar en un máximo de dos sesiones, el Defensor conduce la reunión y actúa como facilitador, en tal sentido debe:

- Informar a las partes sobre el procedimiento de compromiso, su naturaleza, características, fines, ventajas y el valor del acta de compromiso, los derechos de las partes, otras alternativas de solución al conflicto y las normas de conducta que deben observar.

- Informar acerca de su obligación de velar por el interés superior del niño.
- Informar a las partes sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes involucrados en la solución del conflicto, así como, la responsabilidad asumida con dicho compromiso.
- Escuchar a cada una de las partes independientemente para identificar los problemas existentes.
- Realizar preguntas y aplicar diversas técnicas de comunicación para entender los problemas e intereses que subyacen las opciones asumidas por las partes, y crear un clima de cooperación entre ellas.
- Elaborar el acta de compromiso.

c. Por medio de Acciones Administrativas: Las acciones administrativas son acciones específicas que se despliegan para la atención de un caso, ante las instituciones que incurrir en una contravención, asimismo se consideran gestiones administrativas las acciones de coordinación que se despliegan para la incorporación de los niños, niñas y adolescentes en los programas sociales que se diseñan para su atención, en su localidad.

Si bien es cierto no hay un número cerrado de acciones administrativas, pues dependerá del derecho vulnerado y de la institución de que se trate para que la Defensoría, adopte una u otra medida, las acciones más comunes son:

- La inscripción extemporánea de nacimiento.
- Matrícula oportuna.
- La atención médica.

- Detenciones arbitrarias.

2.3.4.5. Defensorías del Niño en el Derecho Comparado

Según Unicef el primer Defensor de los Niños se estableció en Noruega en 1981. Actualmente existe esta figura en Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Suecia, Australia, Canadá, Israel, Nueva Zelanda, España, Colombia, Costa Rica, Guatemala y Perú. En Chile se está estudiando su implementación.

2.3.4.5.1. En España: Defensor del Menor

España está organizada administrativamente en comunidades autónomas, un modelo de relaciones intergubernamentales entre gobiernos subnacionales, los cuales no son meras extensiones administrativas del centro, ni están bajo su control formal, sino que son niveles de gobierno independientes.

La Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid (Ley 6/1995, de 28 de marzo), en su Título IV, Capítulo I Defensor del Menor, artículo 76.1, establece lo siguiente: “Se crea la institución del Defensor del Menor como Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid para salvaguardar los derechos de los menores en la Comunidad de Madrid...”. Artículo en el que se sentarán las bases de la posterior Ley que dará vida al Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.

La Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, crea formalmente la Institución del Defensor y concreta el ámbito competencial de esta Institución.

De acuerdo a la norma señalada, el Defensor del Menor podrá, de oficio o a petición de parte, supervisar la actividad de todas las Administraciones de la Comunidad de Madrid, así como de todas las entidades, personas físicas,

empresas, asociaciones, fundaciones o cualesquiera otras personas jurídicas que presten servicios a los menores, de manera continua u ocasional, aunque no sea ésta su función esencial.

La Ley especifica que todos los poderes públicos, así como todas las entidades privadas que se dediquen a la atención a menores y reciban financiación pública, están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Menor en sus demandas, no pudiendo negar el acceso a la documentación que precise.

El Defensor del Menor es elegido por el Pleno de la Asamblea de Madrid por un periodo de 5 años y no está sujeto a mandato imperativo alguno. No recibe instrucciones de ninguna Autoridad y desempeña sus funciones con autonomía y según su criterio. Goza de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, incluso después de haber cesado en su cargo.

La Ley 5/1996, del 8 de julio, del Defensor del Menor tiene su posterior desarrollo en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en el que se estructura la Institución en una secretaría General, un Gabinete Técnico y un Consejo Técnico, otorgando funcionalidades a cada uno de estos órganos.

Otra norma, por último, que afecta a la figura es la Ley 36/1985 Reguladora de las Relaciones del Defensor del Pueblo con Figuras Similares en las Diferentes Comunidades Autónomas.

2.3.4.5.2. En Argentina: Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Argentina cuenta con la figura del Defensor de Menores desde el siglo XIX, según “El 13 de octubre de 1814 un Decreto del Director Supremo Gervasio Antonio de Posada creó el Ministerio Pupilar inspirado en antecedentes españoles. El Defensor General de Menores apareció por primera vez en el

derecho patrio en estas Ordenanzas Provisionales del Excelentísimo Cabildo Justicia y Regimiento de la Ciudad de Buenos Aires. Se trataba de un cargo desempeñado por un individuo que podía o no letrado, y que, en caso de no serlo, contaba con un asesor. Estaba encargado del cuidado de los huérfanos y pupilos, de la defensa de sus derechos y de la seguridad de sus intereses. Su intervención era necesaria en toda causa se por escrito o de palabra, en que se interesasen los menores. Debía cuidar que los niños huérfanos, pobres o que heredaran bienes, lograsen enseñanza y educación, supliendo así la Patria potestad por su ministerio, la falta de los padres naturales”¹¹¹.

En 1884 se emite el Reglamento para las Defensorías de Menores de la Capital, el cual confirió a los Defensores de Menores, en su artículo 12, la guarda interina de los menores que, hallándose bajo la patria potestad o bajo la acción de su tutor o encargado, sufrieran malos tratamientos o se encontrasen en cualquier forma amenazados en el goce de sus derechos. Reiteró la obligación de los Defensores de propender a que los menores e incapaces recibieran instrucción primaria y que aprendieran algún arte u oficio, tal como se estatuyera en normas previas. Otra vez se insistió en la facultad de los Defensores de inspeccionar los establecimientos de beneficencia u caridad donde hubiera menores, por lo menos una vez al mes para cada establecimiento.

En la actualidad, en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de su Consejo de las niñas y niños, ofrece el servicio de 15 Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes, reguladas por la Ley 114 Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires del 3 de diciembre de 1998. Defensorías que son zonales, y brindan el servicio de protección y promoción de derechos en distintos

¹¹¹ KUGER, Viviana. “El Defensor General de Menores y la Sociedad de Beneficencia. La discusión de 1887 en torno a sus atribuciones”. Revista de Historia del Derecho N° 17. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1989, p. 411.

barrios de la ciudad, se ocupan de dar respuesta cuando los derechos de menores de edad no son respetados, o cuando es necesario remover obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los mismos.

A fin de dar respuesta integral a las problemáticas planteadas, las Defensorías están integradas por un equipo interdisciplinario de trabajadores sociales, psicólogos y abogados.

Según la página web del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires “en las Defensorías zonales los derechos consultados con mayor frecuencia corresponden al Derecho a la convivencia familiar con el 35%, medidas de protección contra situaciones de violencia 24% y nivel de vida adecuado 22%, restando un 19% disperso en los otros 9 servicios que brindan las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes en los distintos barrios de la ciudad”¹¹².

2.3.4.5.3. En Suecia: El Ombudsman de los Menores

Suecia es uno de los mejores países del mundo para ser niño, según Unicef. Hay diferentes organizaciones dedicadas al bienestar del niño, El Defensor sueco fue creado en 1993 por ley, ombudsman o comisionado de menores es designado por el gobierno y su tarea es proteger los derechos de los niños y velar por sus intereses. Tiene el deber de aplicar en la sociedad sueca la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 1989, Suecia fue uno de los primeros países en suscribir la Convención.

2.3.4.5.4. En Costa Rica: Defensor de la Infancia

Según Alfonsina Camacho de Chavarría “debe entenderse al Defensor de la Infancia, como un “representante o “delegado” que identifica las necesidades

¹¹² Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:
http://www.buenosaires.gov.ar/areas/chicos/defzonales.php?menu_id=23287

de los niños y lucha para que estas sean satisfechas”¹¹³. No es un cargo o función que sustituye los procedimientos e instancias existentes, sino que se trata de una persona que actúa de intermediario entre los niños y la administración, y vela porque se respeten todos los derechos de estos proclamados en nuestro marco jurídico.

Creado por Decreto N° 17733-J del 9 de setiembre de 1987, tiene como objetivo “proteger los derechos de los niños e inducir políticas, programas, proyectos, investigaciones y acciones que tiendan a mejorar la situación de los niños”.

Este Defensor de la Infancia es nombrado por el Ministro de Justicia y Gracia, pero todas las instituciones y dependencias del Estado tienen la obligación de brindarle apoyo, asesoría y colaboración en el desempeño de sus funciones.

¹¹³CAMACHO DE CHAVARRÍA, Alfonsina. “Derecho sobre la Familia y el niño”. Editorial EUNED. San José de Costa Rica, 2004, p. 134.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados

Se presentan los resultados mediante una descripción de la información obtenida aplicando las técnicas de recolección de datos, que nos permite conocer en primer término los datos generales de la Defensoría; luego cómo atienden estas Defensorías a las madres menores de edad; y, finalmente, cómo ejercen, estas madres menores de edad la patria potestad en estas Defensorías.

Para respaldar la información se presentan gráficos de barras que permiten visualizar la correlación y la significancia resultante de la correlación entre las variables:

- Ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en Defensorías, y
- Restricciones en el ejercicio de la patria potestad de madres menores de edad en Defensorías.

3.1.1. Datos Generales de las Defensorías encuestadas

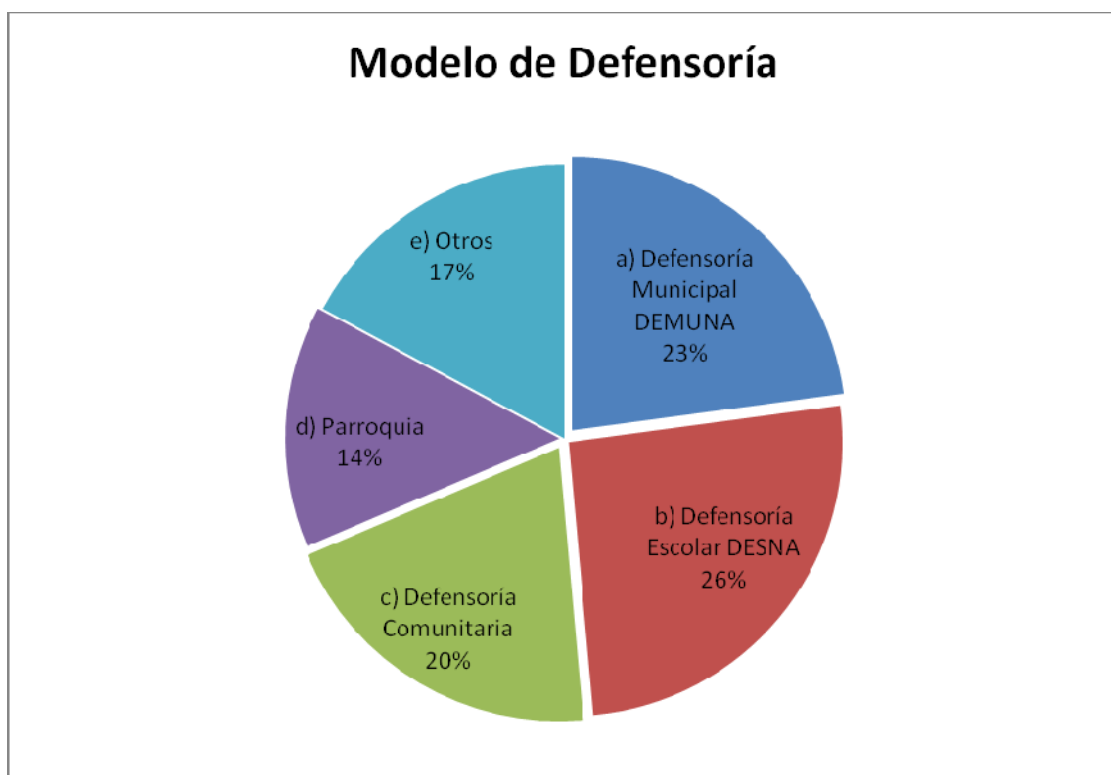
Para efectos de este trabajo, se denominó como localización espacial al espacio geográfico donde se encuentran las Defensorías estudiadas, Lima Metropolitana, comprendiendo sus 49 distritos, a fin de conocer cómo es que en dichas Defensorías las madres menores de edad ejercen la patria potestad de sus hijos. En primer lugar pasamos a describir los datos generales de las defensorías entrevistadas.

a. Modelo de Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes

Del total de Defensorías encuestadas, la mayor parte de ellas (26%) fueron Defensorías escolares DESNAS, en efecto, a raíz de la exigencia normativa por parte del Ministerio de Educación cada vez más centros educativos estatales, no necesariamente de nivel primaria o secundaria sino también en Institutos Superiores Tecnológicos Públicos, cuentan con una Defensoría; le sigue el modelo de

Defensoría Municipal DEMUNA (23%), grupo donde consideramos a las Defensorías que funcionan en Centros Poblados en razón a que cuentan con la misma legitimidad frente a sus usuarios; luego visitamos a las Defensorías Comunitarias (20%), tales como Centrales zonales o distritales de Comedores Populares Autogestionarios; a las Defensorías de las Parroquias y Cuasi Parroquias (14%); así como a las Defensorías que funcionan en ONGs, centros de salud y asociaciones privadas sin fines de lucro, que consideramos como otros (17%).

Cuadro 3:



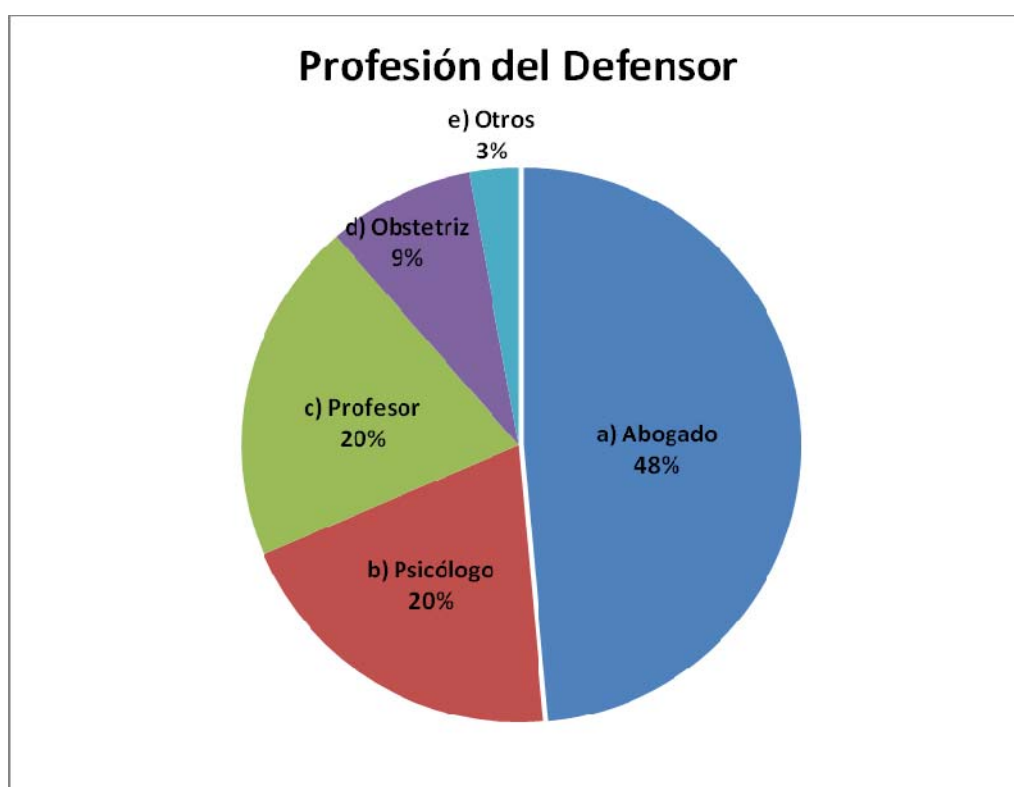
a)	Defensoría Municipal DEMUNA	8	23%
b)	Defensoría Escolar DESNA	9	26%
c)	Defensoría Comunitaria	7	20%
d)	Parroquia	5	14%
e)	Otros	6	17%

35 100%

b. Profesión del Defensor

Encontramos que del total de Defensorías visitadas, 48% de ellas cuentan con un Abogado o un bachiller en Derecho como Defensor de los Niños y Adolescentes, valor marcadamente superior frente a todas las demás profesiones como psicólogo y profesor (20%), mucho menos Defensorías cuentan con una Obstetriz como Defensora (9%); finalmente sólo el 3% de Defensorías cuentan con un Defensor que sólo tiene una formación espiritual dentro de la institución mas no una profesión.

Cuadro 4:



a)	Abogado	17	49%
b)	Psicólogo	7	20%
c)	Profesor	7	20%
d)	Obstetriz	3	9%
e)	Otros	1	3%

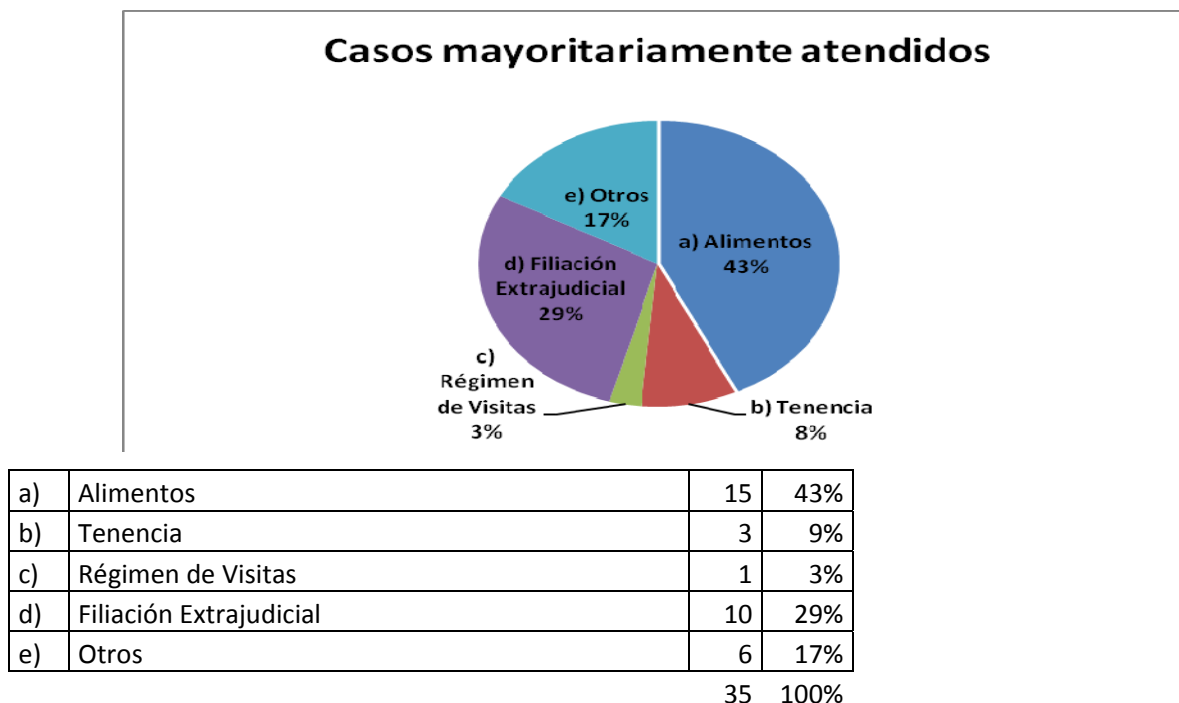
35 100%

c. Casos mayoritariamente atendidos

Los casos mayoritariamente atendidos reflejan una brecha muy amplia, entre los alimentos 43% y el régimen de visitas 3%, sin embargo esto no quiere decir que en una misma conciliación por alimentos las partes puedan acordar también la tenencia y el régimen de visitas a favor de su hijo, en efecto el 8% de las Defensorías encuestadas nos supieron manifestar que es la tenencia del hijo el problema más frecuente por el que acuden los usuarios pero ello no evitó que una vez conciliado este tema, puedan también llegar a un acuerdo sobre los alimentos y el régimen de visitas.

Un procedimiento diferente es el Reconocimiento Voluntario de Filiación extrajudicial 29%; y entre los otros casos (17%) encontramos a las normas de comportamiento y las gestiones administrativas por inscripción extemporánea de nacimiento, matrícula oportuna, atención médica y detenciones oportunas.

Cuadro 5:



d. Persona que mayoritariamente acude en representación de sus hijos

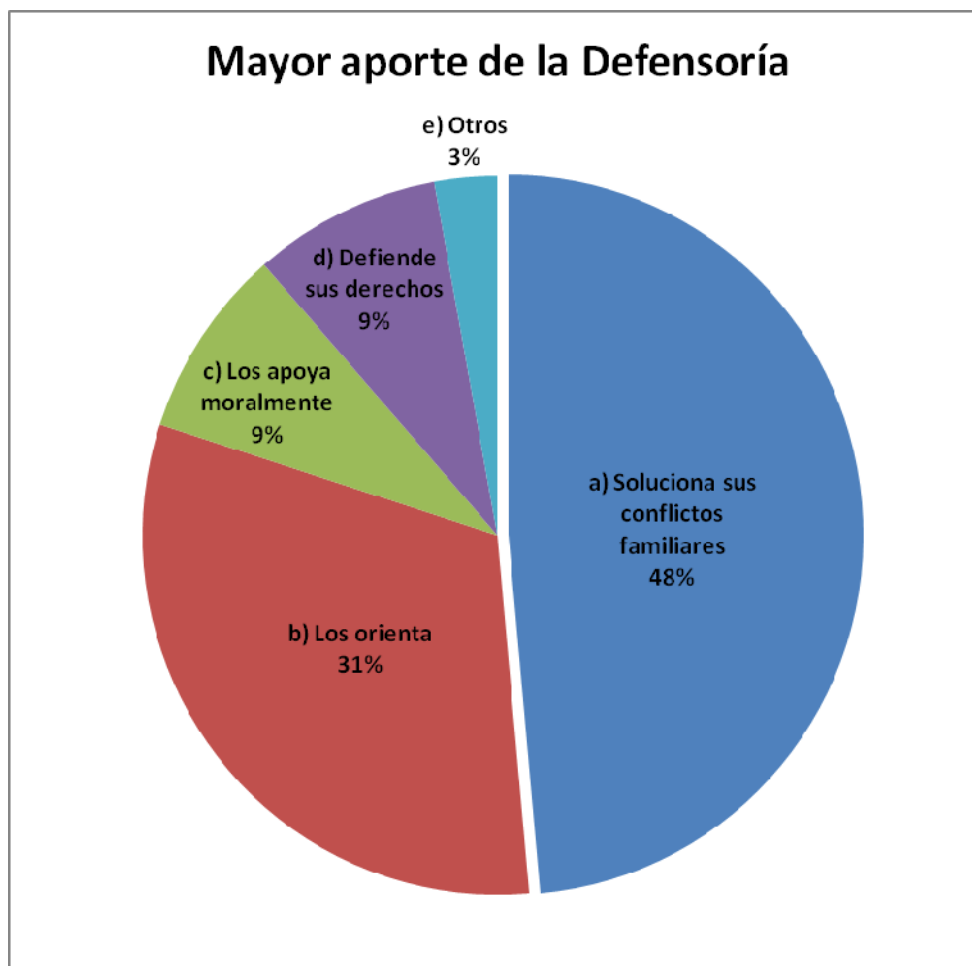
En absolutamente todas las Defensorías visitadas son las madres las que acuden en representación de sus hijos, lo cual no quiere decir que no acudan los padres, especialmente por casos de tenencia y régimen de visitas, en la DEMUNA de San Isidro nos supieron manifestar que son muchos padres los que acuden, incluso solicitando alimentos, sin embargo son las madres las que mayormente acuden a las Defensorías.

a)	Sus madres	35	100
b)	Sus padres	0	0%
Total		35	100%

e. Aporte de la defensoría a sus usuarios

En la mayoría de Defensorías encuestadas consideran que su mayor aporte a sus usuarios es solucionar sus conflictos familiares (48%) y con ello evitar que acudan al Poder Judicial por controversias que pueden ser resueltas brindándole a las partes un ambiente neutral donde puedan discutir sus diferencias con la asistencia de un profesional capacitado en solucionar controversias familiares; le siguen en cantidad las Defensorías que consideran que tan sólo orientan a las partes (31%), lo cual se trata de una orientación profesional que busca inculcar el respeto y defensa de los derechos de los integrantes de las familias que solicitan sus servicios; luego tenemos a las Defensorías que consideran que su mayor aporte a sus usuarios es un apoyo moral (9%); o la Defensa de sus Derechos (9%); y aquellas Defensorías que consideran que cubre las necesidades básicas de sus usuarios, que consideramos como otros (3%).

Cuadro 6:



a)	Soluciona sus conflictos familiares	17	49%
b)	Los orienta	11	31%
c)	Los apoya moralmente	3	9%
d)	Defiende sus derechos	3	9%
e)	Otros	1	3%

35 100%

3.1.2. Atención a las madres menores de edad

Cabe aclarar que en un inicio se prepararon dos clases de encuestas, una para aquellas Defensorías que habían atendido, alguna vez, a madres menores de edad y otra para aquellas que nunca lo habían hecho, caso en el cual se le preguntaría como atenderían a las madres menores en caso requieran sus servicios. Durante la fase de validación de las encuestas advertí que todas las Defensorías que iba visitando, habían atendido, alguna vez, a una madre menor de edad, por lo que sólo se trabajó con las encuestas que parten del entendido que las Defensorías atendieron, alguna vez a una madre menor de edad. Al finalizar la investigación se confirmó que el cien por ciento de Defensorías encuestadas atendió, alguna vez a una madre menor de edad que requirió de sus servicios.

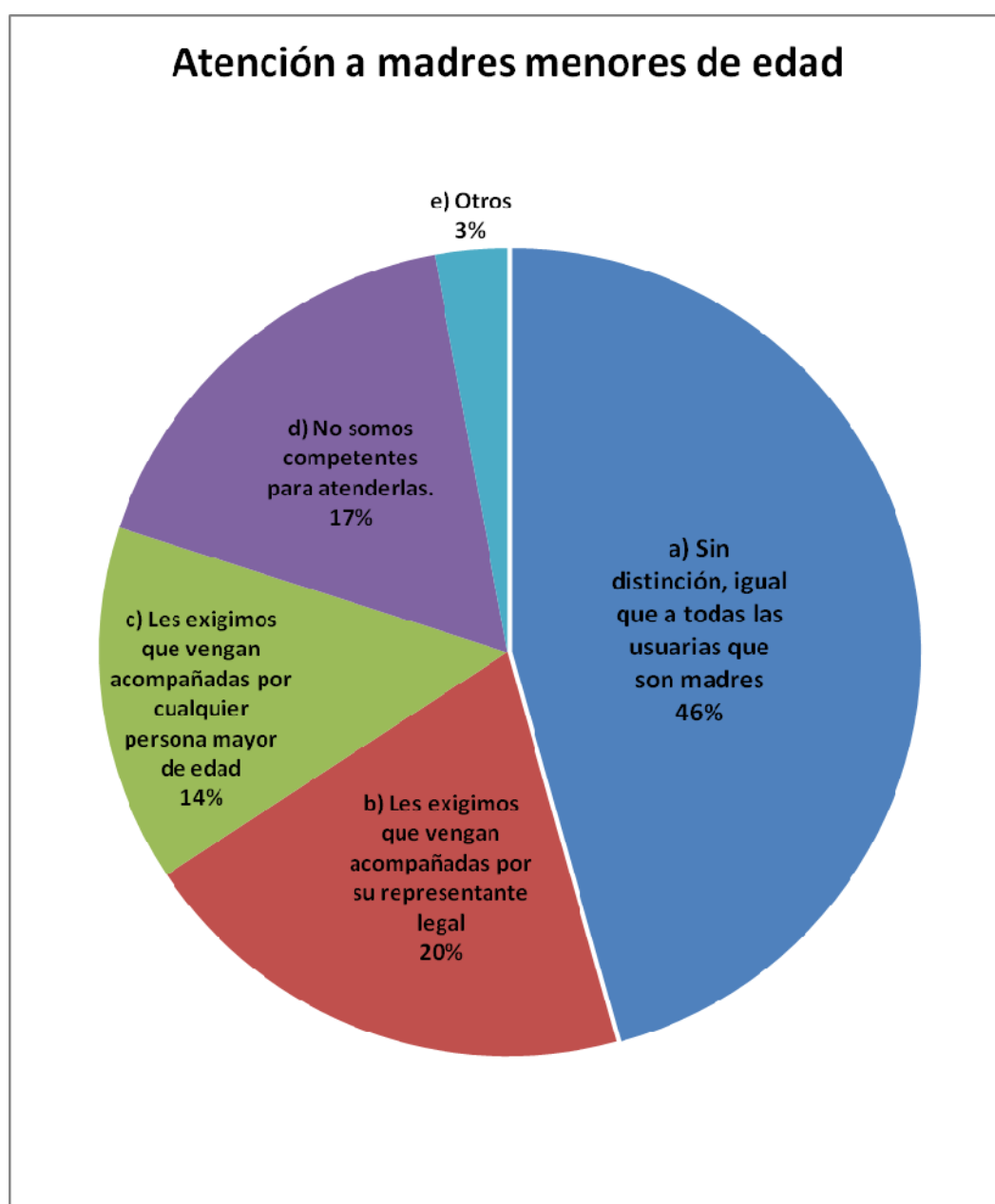
a. Cómo atiende la Defensoría a las madres menores de edad que solicitan sus servicios

Del total de Defensorías visitadas, el 46% manifestó que atiende, a las madres menores sin distinción, igual que a todas sus usuarias que son madres, algo que no ocurre con la mayor parte de Defensorías (54%); 20% de ellas exigen a las madres menores de edad que acudan acompañadas por su representante legal; 14% exigen que vengan, no necesariamente con su representante legal, pero que sí las acompañe cualquier persona mayor de edad, en este extremo se nos aclaró que las personas mayores que puede acompañar a las madres menores son sus abuelos, sus suegras, es decir la mamá de su pareja, un tío, un padrino, etc.; 17% Defensorías consideran que no son competentes para atender a una madre menor de edad, por carecer de facultades, entre otras para investigar si existió violación en la concepción del hijo o cualquier otro delito; finalmente el 3% prefirió responder otros (1) especificando que exige que la madre menor de edad acuda acompañada por un familiar directo.

Cuadro 7:

a)	Sin distinción, igual que a todas las usuarias que son madres	16	46%
b)	Les exigimos que vengan acompañadas por su representante legal	7	20%
c)	Les exigimos que vengan acompañadas por cualquier persona mayor de edad	5	14%
d)	No somos competentes para atenderlas.	6	17%
e)	Otros	1	3%

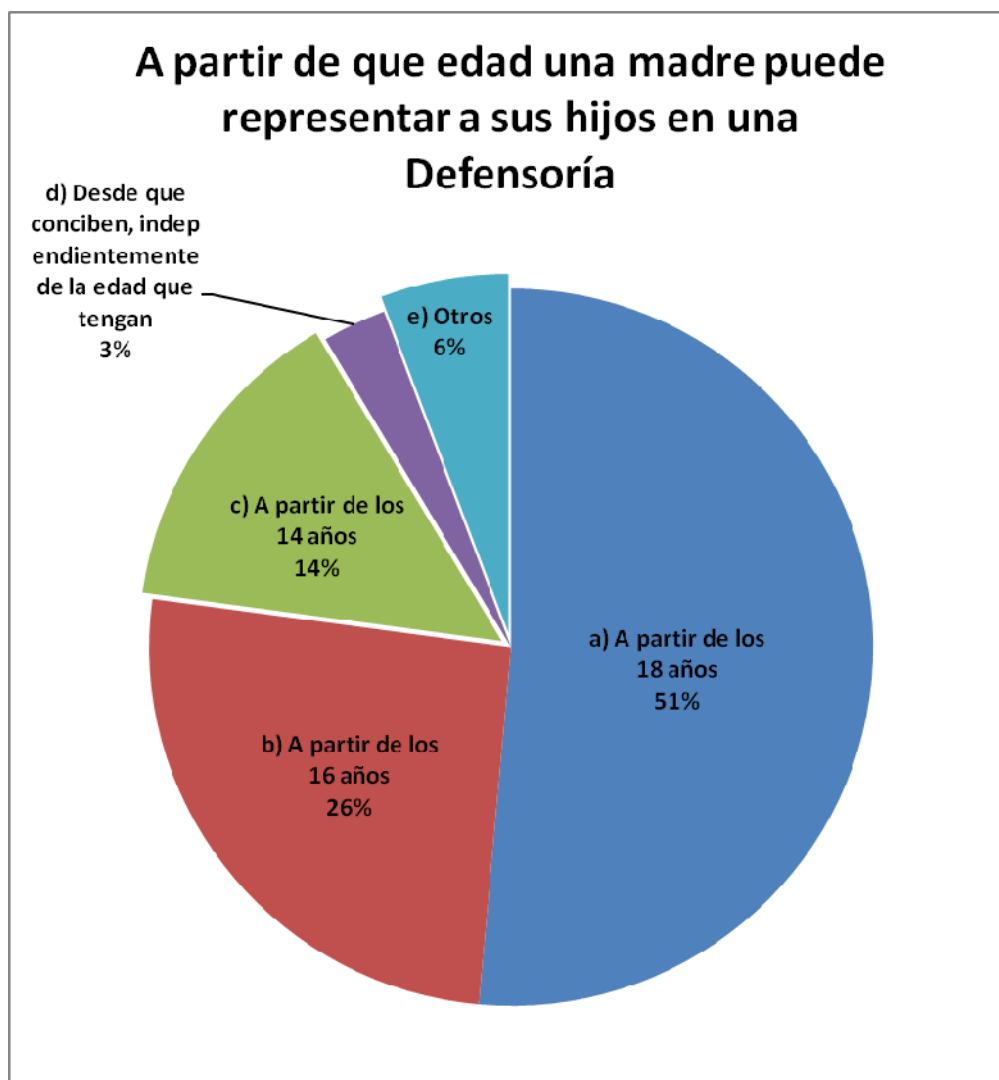
35 100%



b. A partir de qué edad una madre puede representar a sus hijos

Ante la pregunta a partir de qué edad consideran que una madre puede representar a sus hijos el 51% de Defensorías contestaron a partir de los 18 años de edad, edad en la cual adquieren plena capacidad para ejercer sus derechos civiles; 26% considera que una madre puede representar a sus hijos desde los 16 años de edad, puesto que a esa edad se extingue la incapacidad absoluta; 14% Defensorías considera que una madre puede representar a sus hijos desde los 14 años, haciendo una interpretación extensiva del artículo 46 del Código Civil, el cual no sólo facultaría a las madres iniciar un proceso judicial, sino también representar a sus hijos en la vía administrativa; el 3% contestó que una madre menor de edad puede representar a sus hijos desde que los concibe, independientemente de su edad, se trata de una Defensoría de un Centro de Salud que considera que el estatus de una paciente menor de edad madre es muy diferente a una paciente menor de edad que aún no ha concebido; finalmente el 6% contestó la alternativa otros, pues consideran que una madre menor de edad puede representar a sus hijos a partir de los 15 años de edad.

Cuadro 8:



a)	A partir de los 18 años	18	51%
b)	A partir de los 16 años	9	26%
c)	A partir de los 14 años	5	14%
d)	Desde que conciben, independientemente de la edad que tengan	1	3%
e)	Otros	2	6%

35 100%

3.1.3. Ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad

a. Posibilidad de una madre menor de edad de representar a su hijo

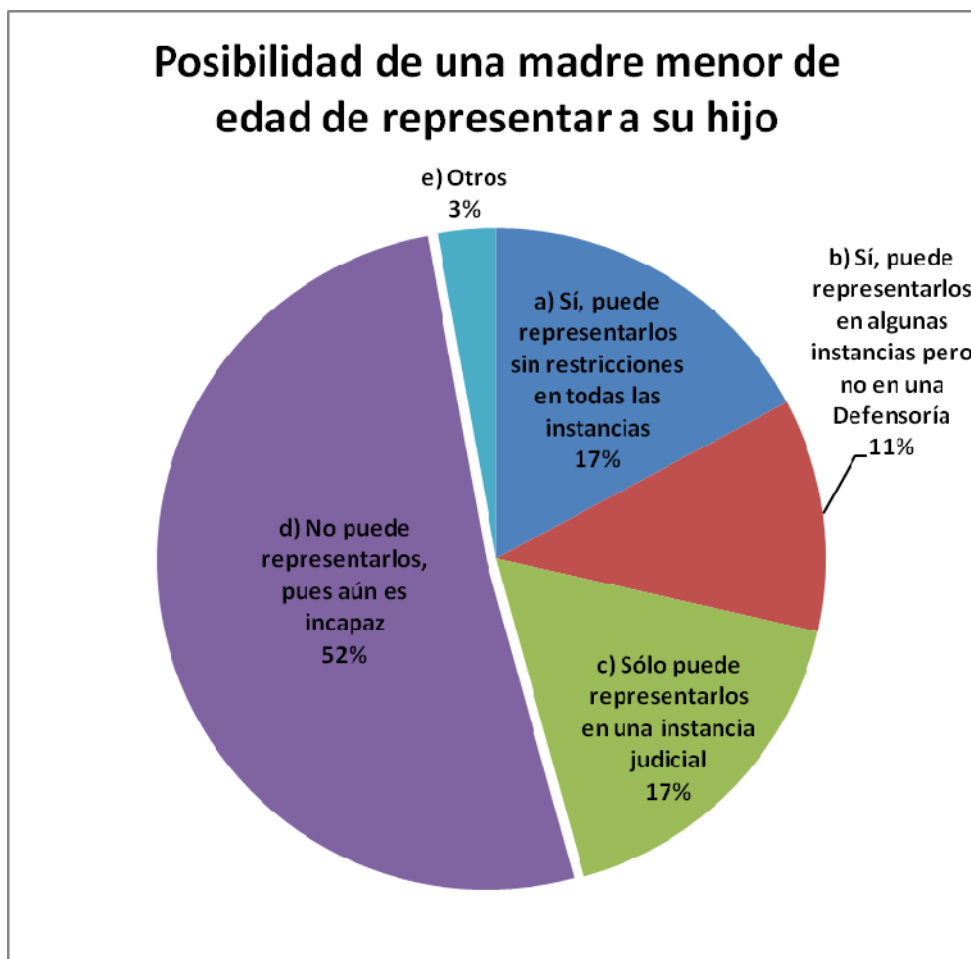
Con respecto a la posibilidad que tendría una madre menor de edad de representar a sus hijos, el 17% de Defensorías contestó que una madre menor de edad sí puede representar a sus hijos sin restricción alguna; el 11% contestó que una madre sí puede representar a sus hijos en diferentes instancias pero no en una Defensoría; el 17% contestó que una madre menor de edad sólo puede representar a sus hijos en el Poder Judicial, donde un Juez se encarga de garantizar que sus decisiones sean las mejores, pero no en cualquier otra instancia; en estos primeros grupos algunas de las Defensorías aclararon que la madre menor de edad puede representar a sus hijos, pero que igual debe estar acompañada de un mayor de edad.

La mayoría, el 51% de Defensorías, considera que una madre menor de edad no puede representar a sus hijos, pues es incapaz; el 3% contestó otros, aclarando que depende de muchas circunstancias la posibilidad de que una madre menor de edad pueda representar a sus hijos.

Cuadro 9:

a)	Sí, puede representarlos sin restricciones en todas las instancias	6	17%
b)	Sí, puede representarlos en algunas instancias pero no en una Defensoría	4	11%
c)	Sólo puede representarlos en una instancia judicial	6	17%
d)	No puede representarlos, pues aún es incapaz	18	51%
e)	Otros	1	3%

35 100%



b. Quién representa a los hijos de las madres menores de edad

Ante la pregunta quien representa a los hijos de las madres menores de edad el 16% considera que los representa su madre, sin importar la edad que tenga; la mayoría, el 49%, contestó que los representan sus abuelos padres de la madre menor de edad que mantienen la patria potestad sobre ella y sobre sus nietos; 11% contestó que los representa un tutor que tiene que ser designado por un Juez; 9% contestó que los representa el Estado, a través de un funcionario público que podría ser un representante del Ministerio Público o del Ministerio de la Mujer y 14% contestó otros, explicando que

consideran que los hijos de una madre menor de edad pueden ser representados por un familiar directo mayor de edad.

Cuadro 10:



a)	Su madre, sin importar que sea menor de edad	6	17%
b)	Sus abuelos, padres de la madre menor de edad	17	49%
c)	Un tutor designado por un juez	4	11%
d)	El Estado, a través de un funcionario público	3	9%
e)	Otros	5	14%
		35	100%

c. Madre menor de edad frente a un Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial

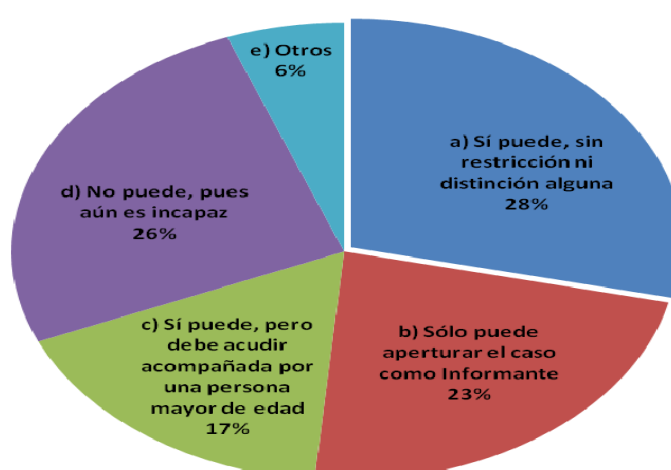
El 29% de las Defensorías encuestadas consideran que una madre menor de edad sí puede representar a su hijo en un procedimiento de Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial sin restricción ni distinción alguna; la mayoría, el 71% considera que no; 23% de Defensorías considera que sólo puede aperturar el caso como Informante; 17% consideran que debe acudir acompañada por una persona mayor de edad, 26% considera que no puede, pues es incapaz; finalmente el 6% marcó la alternativa “otros” pues consideran que son casos que deben ser derivados a otras instituciones.

Cuadro 11:

a)	Sí puede, sin restricción ni distinción alguna	10	29%
b)	Sólo puede aperturar el caso como Informante	8	23%
c)	Sí puede, pero debe acudir acompañada por una persona mayor de edad	6	17%
d)	No puede, pues aún es incapaz	9	26%
e)	Otros	2	6%

35 100%

Madre menor frente a un Reconocimiento Voluntario Extrajudicial de Filiación



d. Madre menor de edad frente a una Conciliación Extrajudicial

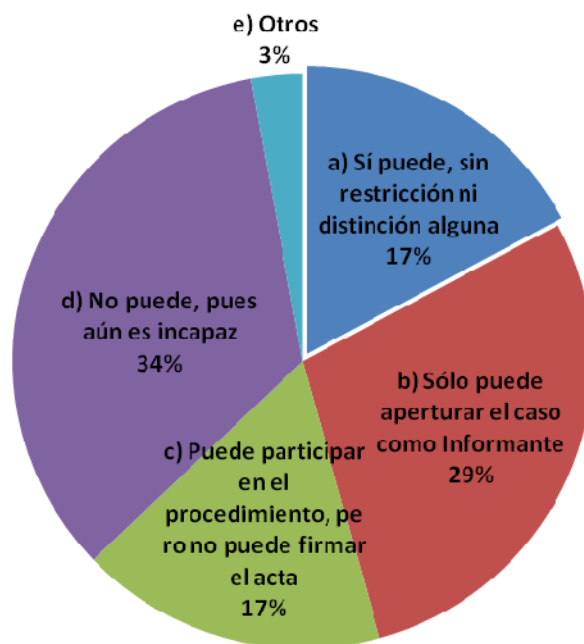
A pesar que el 29% de Defensorías opinaron que una madre menor de edad puede participar en un proceso de Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial sin restricción alguna, sólo el 17% de Defensorías considera que una madre menor de edad puede participar en una Conciliación Extrajudicial en representación de sus hijos. En efecto muchas de las que consideran que puede participar en la primera mas no en la segunda sostienen que una conciliación exige expresamente autonomía para participar en ella; 29% de Defensorías considera que la madre menor de edad sólo puede aperturar el caso como Informante, mas no puede continuar con el proceso sino acompañada por una persona mayor de edad; 17% de Defensorías consideran que una madre menor de edad puede participar en el procedimiento, pero no puede firmar el acta de conciliación, debiendo hacerlo una persona mayor de edad; 34% de Defensorías considera que una madre menor de edad no puede participar en un procedimiento conciliatorio pues es incapaz; 3% optó por la respuesta otros, sosteniendo que es un caso que debe ser derivado a otra institución.

Cuadro 12:

a)	Sí puede, sin restricción ni distinción alguna	6	17%
b)	Sólo puede aperturar el caso como Informante	10	29%
c)	Puede participar en el procedimiento, pero no puede firmar el acta	6	17%
d)	No puede, pues aún es incapaz	12	34%
e)	Otros	1	3%

35 100%

Madre menor frente a una Conciliación Extrajudicial



e. Respecto de la regulación de la patria potestad por madres menores de edad

Con respecto a la regulación del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad sólo el 20% de Defensorías considera que está correctamente regulado, encontrando entre ellas tanto Defensorías que consideran que la incapacidad de una menor de edad persiste a pesar de que sea madre, de acuerdo a lo regulado por los artículos 42°, 43° y 44°; así como por quienes consideran que las madres menores de edad pueden representar a sus hijos desde los 16 años de edad puesto que, según lo regulado en el artículo 44°, se extingue su incapacidad absoluta, y por las Defensorías que reconocen a las madre menores de edad como representantes de sus

hijos a partir de los 14 años, por las facultades otorgadas por el artículo 46°, para ser parte en procesos judiciales sobre tenencia y alimentos en representación de sus hijos.

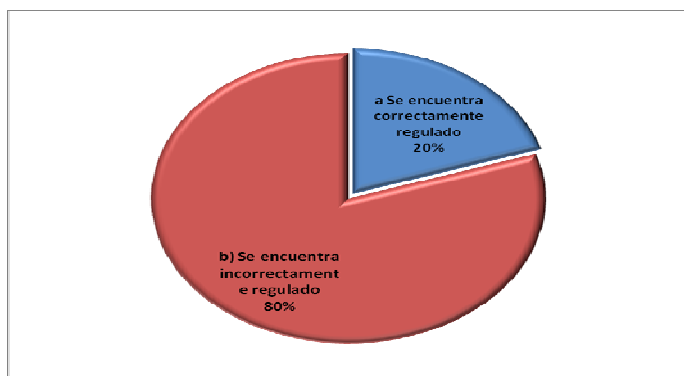
Los mismos artículos son esbozados al momento de dar razones para quienes consideran que el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad se encuentra incorrectamente regulado (80%), puesto que a pesar de los artículos 42°, 43° y 44° que consideran a todo menor de edad como incapaz y que ninguna norma taxativamente extingue la incapacidad de las madres menores de edad, estas normas se contraponen al artículo 421° que en su tercer párrafo establece que la regulación de la patria potestad de un hijo extramatrimonial son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad.

Si bien es cierto, algunas de las Defensorías refieren el principio del Interés Superior del Niño, ninguna de ellas toma en cuenta a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte del ordenamiento nacional, al momento de analizar la regulación del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad.

Cuadro 13:

a	Se encuentra correctamente regulado	7	20%
b)	Se encuentra incorrectamente regulado	28	80%

35 100%



3.2. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Prueba de Hipótesis Principal 1

De un análisis de las respuestas recogidas con la entrevista estructurada aplicada a la muestra representativa, sobre todo de la respuesta mayoritaria a la pregunta número 7: ¿A partir de qué edad una madre puede representar a sus hijos en su Defensoría? Donde sólo el 3% contestó que una madre puede representar a su hijo desde que lo concibe, independientemente de la edad que tenga, el 14% considera que a partir de los 14 años de edad, el restante 83% considera que es mayor a esta edad en la que una madre menor de edad puede representar a sus hijos, siendo la mayoría 51% del criterio que es a partir de los 18 años de edad que una madre recién puede representar a sus hijos, criterio propio del menor en situación irregular, donde se considera a los menores de 18 años como incapaces.

Concordante con lo anterior, como respuesta a la pregunta 8, un 51% considera que la madre menor de edad no puede representar a su hijo pues es incapaz, teniendo que representarlos sus abuelos, un tutor designado por un juez o el Estado a través de un funcionario público.

Por lo que la Hipótesis Principal 1: El criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios, es propio de la doctrina del menor en situación irregular, ha sido confirmada.

Prueba de Hipótesis principal 2

El objetivo general de la presente investigación fue observar cómo es que ejercen la patria potestad las madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, por lo que nos preguntamos ¿Cómo es ejercida la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de

Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente?

Una vez aplicadas las entrevistas a las Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes de Lima Metropolitana, encontramos que el 100% de Defensorías visitadas ha atendido, alguna vez, a una madre menor de edad que ha requerido sus servicios.

Si bien es cierto que un 46% de Defensorías contestaron que atienden a las madres menores de edad sin distinción, igual que a todas las usuarias que son madres; un 51% de Defensorías considera que una madre sólo puede representar a sus hijos desde los 18 años de edad; un 52% considera que una madre menor de edad no puede representar a sus hijos puesto que aún es incapaz.

La mayoría de Defensorías atiende restringidamente a las madres menores de edad, la restricción más grave es aquella que plantea un 17% de Defensorías que no se considera competente para atender a una madre menor de edad, por lo que la deriva a otra institución, igual porcentaje de Defensorías considera que una madre menor de edad puede representar a su hijo sólo en el ámbito judicial donde un Juez puede garantizar que las decisiones de esta madre menor sean idóneas para ella y para su hijo, mientras que el 51% de Defensorías considera que una madre menor de edad no puede representar a sus hijos en ninguna instancia por su incapacidad jurídica.

Un 20% de Defensorías exige que las madres menores de edad acudan acompañadas por su representante legal, mientras que un 14% refiere que es flexible en esta exigencia y acepta que las madres menores de edad puedan acudir, no necesariamente con sus representantes legales, sino por una persona mayor de edad que las represente, el problema con esta postura es que entre estas personas mayores pueden estar los tíos, los abuelos, los padrinos e incluso la suegra, es decir la progenitora de la pareja de la madre menor de edad, esta opción es grave cuando tiene como

resultado un acta firmada por el padre del niño, como invitado y por la progenitora de este señor, como representante de la solicitante que es la madre menor de edad, quien por más que considere que el acuerdo no beneficia a su hijo, su opinión no sería tomada en cuenta, por ser considerada incapaz.

Así como también se pueden advertir restricciones en el 49% de Defensorías que considera que los hijos de la madre menor de edad deben ser representados por sus abuelos, es decir por los padres de la madre menor de edad, un 11% considera que debe ser representado por un tutor designado por el Juez y un 9% considera que debe ser representado por el Estado a través del Ministerio Público o del Ministerio de la Mujer.

Como ya lo señalamos un 51% de Defensorías considera que una madre puede representar a sus hijos sólo a partir de los 18 años, edad en que adquiere plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, un 26% considera que una madre puede representar a sus hijos a partir de los 16 años, un 14% considera que una madre puede representar a su hijo a partir de los 14 años de edad, un 6% considera que lo puede hacer desde los 15 años y un 3% considera que una madre puede representar a su hijo desde que lo concibe, independientemente de la edad que tenga.

Este resultado está directamente vinculado con las respuestas ante la pregunta si considera si el ejercicio de la patria potestad de madres menores de edad está o no correctamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que quienes consideran que este tema está correctamente regulado, el 20% de Defensorías, aducen que el sistema de incapacidades es claro al considerar incapaz a los menores de 18 años y al no regular taxativamente la posibilidad de la extinción de esta incapacidad por el hecho que una menor sea madre; sin embargo, dentro de este 20% también encontramos a quienes sostienen que del hecho de que el artículo 43° del Código Civil reconozca capacidad relativa a los mayores de 16 años, se debe entender que a partir de esta edad, las madres menores de edad pueden representar

a sus hijos; y, finalmente, quienes consideran que del artículo 46° del Código Civil debe entenderse que la madre menor de edad puede representar a su hijo a partir de los 14 años de edad, no solo ante el poder judicial y no sólo para los actos enumerados por este artículo, por más que expresamente así lo señale la norma, sino también para todas las instancias y para todos los actos que comprende la patria potestad. El reconocimiento de esta pluralidad de respuestas lleva a que la mayoría de Defensorías, el 80%, consideren que, el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, está incorrectamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad se hace más evidente cuando consultamos cómo es que estas menores participan en los procedimientos que ofrecen las Defensorías, tales como el Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial y la Conciliación Extrajudicial por alimentos, tenencia y régimen de visitas a favor de sus hijos. Si bien es cierto que un 28% de Defensorías considera que una madre menor puede representar a sus hijos en un Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial sin restricción ni distinción alguna, sólo un 17% de Defensorías permite que una madre menor de edad pueda participar en una Conciliación Extrajudicial por alimentos, tenencia y régimen de visitas en representación de sus hijos. La mayoría de Defensorías no permite que una madre menor de edad participe en estos procedimientos y mucho menos reconoce la posibilidad de que puedan tomar decisiones en representación de sus hijos.

Por lo que la Hipótesis Principal 2: La patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, ha sido confirmada.

Prueba de Hipótesis Secundaria de la Hipótesis principal 2:

El objetivo especial de la presente investigación es observar la relación entre la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento y el acceso de sus hijos al Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, por lo que nos preguntarnos: ¿Cómo afecta la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescentes?

Una vez advertidas las restricciones al ejercicio de la patria potestad en las Defensorías de los Niños y Adolescentes nos encargamos del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios de las Defensorías.

El 43% de las Defensorías atiende mayoritariamente casos de alimentos, es decir, casos en donde uno de los progenitores no está cumpliendo con su obligación de afrontar con los gastos que significa el sustento de su hijo; el 29%, atiende mayoritariamente casos de Filiación Extrajudicial, es decir, casos en los que se busca que el progenitor del niño lo declare como su hijo, y así le permita gozar del derecho humano a la identidad.

La mayoría de Defensorías, el 83%, no reconocen a su madre como su representante legal, exigiendo que los representen sus abuelos, un tutor designado por el Juez, un funcionario público, o un funcionario directo que sea mayor de edad, el problema es que muchas veces los niños hijos de madres menores de edad sólo tienen a sus madres, casos en donde estos niños no podrían acceder a los servicios de Defensoría del Sistema Nacional de Atención Integral de los Niños y Adolescentes.

El 17% de Defensorías considera que no es competente para atender a un niño cuya madre es menor de edad, aduciendo que no tienen las facultades para averiguar si es producto o no de una violación, caso en el que deberá

participar el Ministerio Público. El problema surge cuando la madre menor de edad acude a la Defensoría para solucionar un problema de alimentos o un problema de filiación a favor de su hijo, y no para iniciar un proceso penal por violación en contra del padre de su hijo. Esta distinción que automáticamente se hace con los hijos de las madres menores de edad está proscrita por el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que no se podrá hacer distinciones de los niños por la condición de sus padres.

El 11% de Defensorías considera que una madre menor de edad puede representar a su hijo en otras instancias menos en una Defensoría, y el 17% considera que una madre menor de edad sólo puede representar a su hijo en el Poder Judicial donde el Juez tiene las facultades para garantizar que las decisiones de la menor la beneficien a ella misma y a su hijo, el problema con esta postura se advierte cuando la madre menor de edad no desea iniciar un proceso judicial, sino que prefiere solucionar la controversia extrajudicialmente, en este caso la madre menor de edad ¿Estaría obligada a acudir a una instancia judicial, con todos sus defectos? y con ello, su hijo ¿No podría acceder a los mecanismos alternativos de solución de controversias con los que sí pueden contar los hijos de las madres mayores de edad?

Mediante la presente investigación llegamos a observar que la restricción que afecta el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, afecta al acceso de sus hijos a los servicios de Defensorías con el que sí cuentan sin restricción los hijos de las madres que han alcanzado la mayoría de edad.

Por lo que la Hipótesis Secundaria de la Hipótesis Principal 2: La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del

Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, ha sido confirmada.

3.3. RECOMENDACIONES

Otro de los objetivos específicos de la presente investigación fue la de formular propuestas de regulación clara del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento que sean coherentes con sus necesidades y realidad, una vez realizada la investigación formulamos las siguientes recomendaciones:

- Se modifique el artículo 46° del Código Civil, agregándosele un párrafo con el siguiente tenor: “La incapacidad de las madres con discernimiento mayores a catorce años cesa a partir del nacimiento del hijo, para realizar todos los actos que comprende la patria potestad”.
- Se modifique el artículo 2° de la Guía de Atención de Casos en las Defensorías de los Niño y Adolescentes aprobado por Resolución Ministerial N° 669-2006-MIMDES, agregándosele un párrafo con el siguiente contenido: “Es competencia de las Defensorías atender los asuntos concernientes a la defensa de los derechos de los hijos de madres menores de edad, quienes serán atendidos sin distinción, reconociéndose como sus representantes legales a sus madres desde que estas tengan 14 años de edad”.
- La aprobación de un Protocolo de atención a las madres menores de edad en Defensorías, que guíe a los encargados de las Defensorías cuando quien solicite sus servicios sea una madre que no ha alcanzado la mayoría de edad.

CONCLUSIONES

- Entre las instituciones clásicas del derecho civil que buscan proteger a los menores de edad encontramos al sistema de incapacidades, a la patria potestad y a la representación legal, instituciones que consideran al menor como un objeto de protección que no puede ejercer sus derechos por sí mismo y sobre el que los adultos deben decidir lo más conveniente.
- Frente a estas instituciones clásicas, la teoría de la protección integral, contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene principios como el niño sujeto de derechos, la capacidad progresiva y el interés superior del niño, propone un cambio en la concepción del menor considerándolo, no como un objeto, sino como una persona, y en tanto tal, como una categoría autónoma, independiente, reconociendo sus propias necesidades y respetando su individualidad.
- El sistema de incapacidades, la patria potestad y la representación legal a favor de los menores, son instituciones que han sido recogidas por todos los Códigos Civiles que han regido en nuestro ordenamiento, por lo que no es una excepción que sigan vigentes hasta la actualidad. Lo que resulta innovador es la adopción de la teoría de la protección integral tanto por la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como por el Código de los Niños y Adolescentes.
- El contraste entre ambas posturas se evidencia en casos extremos como en el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, quienes continúan sujetas a la patria potestad de sus padres, si bien es cierto, la Ley 29274 que modificó el artículo 46° del Código Civil, es un avance, el número de actos para los que reconoce capacidad a los menores a partir del nacimiento de su hijo, es muy reducido.

- La presente investigación se enmarca en los actos jurídicos que comprende el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en los servicios que ofrecen las Defensorías de los Niños y Adolescentes ubicadas en Lima Metropolitana, actos que no están comprendidos expresamente por el artículo 46° del Código Civil, pero que forman parte del conjunto de actos personalísimos para los que están facultados los menores capaces de discernimiento.
- Actos como la representación de los hijos en los procedimientos de reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial y normas de comportamiento; o en los procedimientos de conciliación extrajudiciales sobre tenencia, alimentos y régimen de visitas
- El servicio de Defensorías del Sistema de Protección Integral del Niño y Adolescente es un organismo administrativo regulado por el Código de los Niños y Adolescentes y por normas emitidas por el ente rector que es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Fue creada a raíz de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que su función debería estar dirigida por los principios que contiene este tratado internacional de los Derechos Humanos de los Niños, sin embargo al estar sometida, a la vez, a las Instituciones del Código Civil, las atenciones a las madres menores de edad no son uniformes sino que cada Defensoría emite su propia interpretación de la norma.
- De esta forma, gracias a las técnicas de recolección de datos, encontramos que el 100% de Defensorías entrevistadas ha atendido madres menores de edad que han acudido requiriendo sus servicios, siendo los casos mayoritariamente por problemas por la pensión de alimentos, seguidos por problemas de filiación a favor de sus hijos.
- Los datos de la investigación demuestran que la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida

restringidamente en las Defensorías, puesto que no se les presume incapaces, restricción que importa un desconocimiento de la autodeterminación como manifestación del derecho a la libertad de los menores de edad.

- Así, un 17% de Defensorías no se considera competente para atenderlas, un 20% les exige que acudan acompañadas por sus padres y un 14% les permite que acudan acompañadas por cualquier persona mayor de edad.
- Tampoco existe consenso sobre la edad a partir de la cual una madre menor de edad puede ejercer la patria potestad de sus hijos. El 51% de Defensorías considera que la madre puede representar a su hijo sólo desde que cumple 18 años de edad, el 26% exige que sea 16 años la edad, el 14% considera que a partir de los 14 años la madre puede representar a sus hijos y un 3% considera que no interesa la edad que tenga la madre para que pueda representar a sus hijos.
- Asimismo, un 49% reconoce a los abuelos del menor como su representante, existiendo defensorías que incluso exigen la presencia de un tutor designado judicialmente o la presencia de un funcionario público, siendo sólo el 17% los que reconocen a la madre menor de edad como representante de sus hijos.
- Gracias al análisis de las entrevistas en conjunto con la revisión de los documentos como las actas de conciliación, advertimos que las madres menores de edad son, muchas veces, ignoradas al momento de suscribir estos documentos, puesto que, quienes lo hacen son las personas a las que se les reconoce capacidad, o bien sus padres o bien la persona mayor que acompaña a la madre menor de edad, llegando a extremos como en el caso en el que el acta de conciliación está suscrita, por el invitado y por su progenitora quien actúa como representante de la solicitante quien es la madre menor de edad.

- Esta restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.
- Finalmente consideramos que es necesaria la aprobación de un protocolo de atención a madres menores de edad en Defensorías, a fin de que sirva de guía en la prestación de servicios como la protección de los derechos del niño a través de reconocimientos voluntarios de filiación extrajudicial y conciliaciones extrajudiciales sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Proceso, Autocomposición y Autodefensa". 3° edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2000.
- ALVAREZ-CAPEROCHUPI, José A. "Curso de Derecho de Familia. T. II Patria Potestad, Tutela y Alimentos. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1988.
- ARIANO DEHO, Eugenia. "Problemas del Proceso Civil". Edit. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2003.
- ARISTOTELES. "La Política". Editorial Ediciones Nuestra Raza ENA. Madrid, 1959.
- BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. "Marco normativo de la Protección de Derechos de los Niños, niñas y adolescentes e situación de vulnerable en relación a las ITS, VIH/SIDA". Care Perú. Lima, 2008.
- BIX, Brian H. Diccionario Jurídico. Trad. Enrique Rodriguez Trujano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2009.
- BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia". 6° edic. Edit. Astrea. Buenos Aires, 2004.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental". Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1993,
- CARNELUTTI, Francesco. "Instituciones del Proceso Civil". Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol. I. 4° Edic. EJE Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1950.
- CASAL, Jesús María. "Derechos Humanos y Acceso a la Justicia". Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - Iliis. Caracas, 2005.

- CIFUENTES, Santos. Elementos del Derecho Civil. Parte General. 4° edic. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1999
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "Derecho Familiar Peruano". Tomo I. 5° edic. Librería Studium. Lima, 1985.
- CORNELES, Cristóbal y Morais, María (Coordinadores). "Quinto año de vigencia de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente". Centro de Investigaciones de la Universidad Andrés Bello. Caracas, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio". Trad. Marta Guastavino. Edit. Ariel. Madrid, 1997.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Capacidad Civil de las Personas Naturales". Edit. Grijley. Lima. 1998.
- FACIO, Alda. "Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos". San José de Costa Rica. IIDH, 2008.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Los 25 años del Código Civil Peruano". Edit. Motivensa. Lima, 2009.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro Primero del Código Civil Peruano. 6ª ed. Lima-Perú, Ed.Grijley, 1996.
- GALLEGGO, Elio A. Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo. Edit. Dykinson. 1° edic. Madrid, 1996.
- GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. "Infancia, Ley y Democracia. T I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004.
- GARGARELLA, Roberto. "Derecho y Grupos Desaventajados". Edit. Gedisa. Barcelona, 1999.
- GÓMEZ, Pío Ivan; MOLINA Ramiro; ZAMBERLIN Nina. Lima: Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología-FLASOG. Promsex. Lima, 2011.

- GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. "Notas y Estudios sobre el Proceso Civil". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México, 1994.
- GROSMAN, Cecilia P. "Familia Monoparental". Edit. Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2008.
- GROSMAN, Cecilia. "Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad". Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005.
- GROSMAN, Cecilia. "Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos". Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004.
- HERNANDEZ SAMÍERI, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Collado. "Metodología de la Investigación". 3° Edic. Mc Grau-Hill Interamericana. México, 2003.
- H.L.A.HART. "Derecho, Libertad y Moralidad". Edit. Dykinson. Madrid, 1969.
- FRANKLIN, Bob. "Los Derechos de los Niños". BasilBlackwell Ltd. Nueva York, 1986.
- KANT, Immanuel. "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Trad. Manuel García Morente. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa. San Juan de Puerto Rico, 2007.
- KANT, Immanuel. "Crítica del Discernimiento". Edición de Roberto R. Aramayo. Madrid, 2003.
- KANT, Immanuel. "¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia". Trad. Roberto Aramayo. Alianza Editorial. Madrid, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho". 4° edic. Edit. Dykinson. Madrid, 2004.
- LARRAIN RÍOS, Hernán. "Lecciones de Derecho Civil". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1994.

- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo”. T 2. Edit. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2008.
- MARCUSE, Herbert. “El Hombre Unidimensional”. Editorial Planeta – Agostini. Barcelona, 1993.
- MESÍA, Carlos. “Exégesis del Código Procesal Constitucional”. Editorial Gaceta Jurídica. 2º edición. Lima, 2005.
- MEZA INGAR, Carmen. “Ideas para un Código de Familia”. CONCYTEC. Lima, 1990.
- MEZA INGAR, Carmen. “Reflexiones de Fin de Siglo”. Exigráfica E.I.R.L. Lima, 1999.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto. Conflicto Social, derecho y proceso. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho 20. Universidad de Murcia. 1993, Lérida
- OSSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. 27ºedic. Edit. Heliasta. Buenos Aires, 2000.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Manual de Derecho de Familia: novedoso método de estudio funcional del Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.
- POYATOS GARCÍA, Ana. “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”. Universitat de Valencia, 2003.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. “Historia del Derecho Peruano. Siglos XIX y XX. 6t. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos Augusto. “El Código de Napoleón y su Recepción en América Latina”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. “Codificación, Tecnología y Posmodernismo: La Muerte de un Paradigma”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000.

- MAY SCHOTT, Robin. "Interpretación feminista de Immanuel Kant". Universidad Estatal de Pensilvania. University Park, 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial. "Estudios de la Constitución Política de 1993". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. "Fundamentos de Derecho Administrativo". Fundación Ramón Areces. Madrid, 1990.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asís. Relaciones Paterno-Filiales. Edit. El Derecho. Barcelona, 2010.
- SILVA-HERZOG, Jesús J. "La Idiotéz de lo perfecto: miradas a la política". Fondo de Cultura Económica. México, 2006.
- VALERO HEREDIA, Ana. "Constitución, Libertad Religiosa y Minoría de Edad. Un Estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional". Universitat de Valencia. Valencia, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Edit. Grijley. Lima, 2004.

Revistas Especializadas

- Colectivo Nacional de Apoyo a las DEMUNAS. "Manual de Gestión DEMUNA". Acción por los Niños. 1º edic. Lima, 2004.
- Defensoría del Pueblo. La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos". Serie Informes Defensoriales. Informe N° 74. Lima, 2003.
- Defensoría del Pueblo. "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo". Serie Informes Defensoriales. Informe N° 150. Lima, 2010.

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. “Estado Mundial de la Infancia 2012”. Naciones Unidas. Nueva York, 2012.
- Fordham Law Review. Volume 64, Issue 4. 1-1-1996.
- Ministerio de Salud del Perú. Fondo de Población de las Naciones Unidas 2009. Balance político normativo sobre el acceso de las y los adolescentes a los servicios de salud sexual, salud reproductiva y prevención del VIH-Sida. Lima, 2009.
- Movimiento Manuela Ramos y UNFPA. “La Salud Sexual y la Salud Reproductiva: Marco Jurídico Internacional y Nacional”. Lima, 2009.
- Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 64(Nº1-Nº2). Lima, 2007.
- Revista Peruana de Derecho de Familia. Número 2/Diciembre-2007. Lima.
- Revista Oficial del Poder Judicial. Año 3 Nº 5. Lima, 2009.
- Presidencia del Consejo de Ministros. “Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021”. Centro Nacional de Planeamiento Estratégico-CEPLAN. Lima, 2011.
- Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Nº11, Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 1997.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos consiste en una investigación acerca de cómo es que las madres menores capaces de discernimiento ejercen la patria potestad a favor de sus hijos en un ámbito administrativo como es el Servicio de las Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al niño y adolescente.

La inquietud académica por desarrollar este trabajo es por cuanto me desempeñé durante tres años como Defensor-Conciliador de la Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes “Raquel Guerra Távara” del Colegio de Abogados de Lima y me interesó cómo es que se negaba la atención a las madres menores de edad quienes acudían solicitando los servicios que brindaba la Defensoría, entre ellos el Procedimiento de Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial y Conciliaciones Extrajudiciales sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, exigiéndoles que acudan acompañadas de una persona mayor de edad. Actualmente, laborando en un Juzgado Mixto, advierto que el problema de la representación de los hijos de las madres menores de edad frente a las entidades estatales no es exclusivo del ámbito administrativo, sino que tampoco a nivel jurisdiccional existe una respuesta uniforme.

Esta tesis ha sido desarrollada en tres capítulos, en el primer capítulo se detallan los aspectos metodológicos de la investigación. La investigación describe cómo es que son atendidas las madres menores capaces de discernimiento en las Defensorías de los Niños y Adolescentes del Sistema Nacional de Atención integral al niño adolescente, ello con el objeto de establecer cuáles son los criterios y la interpretación en las referidas Defensorías para el tratamiento de las madres menores. Siendo, nuestra principal técnica de recopilación de datos, la aplicación de una entrevista estructurada a una muestra de la población de Defensorías y el análisis documental.

El ámbito espacial de la presente investigación es Lima Metropolitana, por lo que el universo son las Defensorías inscritas en el Ente Rector que es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, ubicadas en los 49 Distritos comprendidos en la zona urbana limeña y colindante a ella, 136 Defensorías en total, obteniendo una muestra representativa de 35 Defensorías.

En el capítulo segundo se encuentra el Marco Teórico, que, a su vez comprende un marco filosófico, antecedentes de la investigación y las bases teóricas. En el marco filosófico explicamos principalmente cómo es que la innovadora doctrina de la protección integral del niño afecta las instituciones clásicas del Derecho Civil con respecto a los menores de edad, reconociendo su autonomía sobre todo de aquellas menores capaces de discernimiento que ya son madres, autonomía que les permite actuar en el ámbito administrativo en representación de sus hijos, y que forma parte del contenido de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en concordancia con el principio de autonomía progresiva o evolutiva contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño. Los antecedentes son investigaciones existentes, al momento de realizar la tesis sobre el acceso de madres adolescentes a la plenitud de Derechos de la Institución Familiar, tesis que abordan el tema del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad y tesis que abordan el tema del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios públicos. Una vez enmarcada la filosofía que acoge esta investigación, y señalados los antecedentes, en las bases teóricas, desarrollamos los conceptos de la patria potestad, la capacidad, el discernimiento, los medios alternativos de resolución de conflictos familiares, el servicio de defensorías en el derecho nacional y en el derecho comparado, entre otros.

En el tercer capítulo es donde se trata directamente el problema de la investigación que consiste en dos problemas principales, primero ¿A qué teoría corresponde el criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria

potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios?; segundo ¿Cómo es ejercida la patria potestad por las madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente? y un problema secundario del segundo problema principal ¿Cómo afecta la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescentes?

Asimismo se explica la situación y se hace un análisis de los resultados de la investigación interpretando y discutiendo los datos obtenidos mediante las técnicas de investigación social, aplicadas a la muestra representativa del total de Defensorías ubicadas en Lima Metropolitana. Destacamos que el criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes visitadas, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos es propio de la doctrina del menor en situación irregular. Asimismo encontramos que la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en las Defensorías visitadas, y que esta restricción impide el acceso, a las madres menores y a sus hijos, a los servicios que las Defensorías están obligadas a prestar.

Esta investigación nos ha llevado a concluir que al no concordarse el sistema de incapacidades regulados en Código Civil con la teoría de la protección integral contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, cada Defensoría del Sistema Nacional de Atención Integral al niño, niña y adolescente tiene su propia lectura e interpretación de las normas que regulan el ejercicio de la patria potestad de los hijos de las madres menores de edad capaces de discernimiento.

Frente a diferentes criterios de interpretación, existen algunas Defensorías que consideran incapaces a todas las madres solteras que no hayan alcanzado la mayoría de edad; otras consideran que la extinción de la incapacidad absoluta a los dieciséis años, faculta a partir de esta edad, a las madres a representar a sus hijos; y finalmente algunas de consideran que es catorce años la edad a partir de la cual las madres pueden representar a sus hijos y finalmente aquellas que consideran que la madre puede representar a sus hijos desde que concibe, independientemente de la edad que tenga.

Para superar la falta de criterios uniformes que privilegien el tratamiento de las madres presentamos tres recomendaciones:

- a) la modificación del artículo 46° del Código Civil agregándosele un párrafo con el siguiente tenor: “La incapacidad de las madres con discernimiento mayores a catorce años cesa a partir del nacimiento del hijo, para realizar todos los actos que comprende la patria potestad”;
- b) la modificación del artículo 2° de la Guía de Atención de Casos en las Defensorías de los Niños y Adolescentes aprobado por Resolución Ministerial N° 669-2006-MIMDES, agregándosele un párrafo con el siguiente contenido: “Es competencia de las Defensorías atender los asuntos concernientes a la defensa de los derechos de los hijos de madres menores de edad, quienes serán atendidos sin distinción, reconociéndose como sus representantes legales a sus madres desde que estas tengan 14 años de edad”; y
- c) la aprobación de un Protocolo de atención a las madres menores de edad en Defensorías, que guíe a los encargados de éstas entidades públicas al momento en el que quien solicite sus servicios sea una madre quien aún no ha alcanzado la mayoría de edad, pero ya cuente con discernimiento.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, significó una revolución copernicana en el tratamiento jurídico de los menores de edad, pues constituye un cambio en la visión clásica de muchas de las instituciones del Derecho, en especial del Derecho Civil, como las instituciones de la Capacidad, la Representación Legal y la Patria Potestad de los menores de edad. Sobre todo, a raíz del cambio de paradigma que significó superar la doctrina tutelar de la situación irregular que consideraba al menor como objeto de protección, por la teoría de la protección integral, que considera al menor como sujeto de derechos, reconociéndole autonomía, y por ende una capacidad progresiva en el ejercicio de los mismos.

Sin embargo, a pesar de la calidad de norma internacional autoaplicativa de Derechos Humanos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la vigencia de normas como los artículos 42°, 43° y 44° de nuestro Código Civil llevan a presumir la incapacidad de todo menor de edad a menos que una ley taxativamente lo faculte para determinadas actividades. El problema de esta presunción es que existen muchos actos jurídicos propios de la esfera personal de los menores que la ley no ha regulado adecuadamente, tal es el caso del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en un ámbito administrativo al que pertenecen los Servicios de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente.

Al suscribir la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1990, el Estado peruano se obligó a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los

derechos y deberes de sus padres, y con ese fin, tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

En cumplimiento con esta obligación, el Estado peruano estableció la creación del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente (SNAINA), que según el artículo 27° del Código de los Niños y Adolescentes persigue la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes.

Sistema que, entre otros, comprende el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes cuyas funciones específicas abarca, según el artículo 45° del Código de los Niños y Adolescentes: intervenir cuando se encuentren amenazados o vulnerados los derechos del niño para hacer prevalecer el principio del interés superior, promover del fortalecimiento de los lazos familiares, fomentar el reconocimiento voluntario de la filiación y brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas. Para cumplir con estas funciones las Defensorías están facultadas para intervenir por medio del mecanismo de la conciliación extrajudicial entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas; así como por medio del compromiso gracias al cual las partes involucradas llegan a obligarse voluntariamente a determinadas normas de comportamiento, o en su caso, al reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial; y, finalmente, por medio de acciones administrativas que buscan proteger los derechos del niño en entidades públicas.

Las Defensorías de los Niños, son instituciones que existen a nivel mundial, en diferentes países y con diferentes figuras, si bien es cierto el modelo peruano, en un inicio obedeció a la implementación de un modelo general latinoamericano, hoy en día es una institución que ha logrado amoldarse a la realidad nacional con sus defectos y virtudes. Una virtud es la formación de Defensorías gracias a la auto organización comunal, de esta forma, con o sin ayuda internacional, muchas comunidades que no cuentan con una

Municipalidad, Comisaría, ni Módulo de Justicia logran instalar una Defensoría de los Niños y Adolescentes con diferentes fines.

Entre las desventajas, encontramos que la flexibilidad para autorizar el funcionamiento de Defensorías de los Niños y Adolescentes llevó a que no se sepa cuantas son en realidad, así, mientras Unicef calcula que sobrepasan las 2,000 Defensorías, el ente rector que es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables sólo tiene 831 Defensorías con registro vigente a nivel nacional, 136 de las cuales están ubicadas en Lima Metropolitana.

Mediante éstas Defensorías, el Estado y la sociedad organizada, brindan la oportunidad a la comunidad de poder solucionar conflictos que involucren a menores de edad, entre los más comunes las divergencias familiares sobre alimentos, tenencia, régimen de visitas y filiación, mediante un procedimiento gratuito, rápido, inmediato, especializado y con la asistencia de Promotores y Defensores de los Niños y Adolescentes (art. 44 del Código de los Niños y Adolescentes) que son profesionales capacitados en fortalecer los lazos familiares.

En observancia del artículo 45 del Código Civil, los menores de edad acceden a este servicio mediante sus representantes legales, en la gran mayoría de casos, los menores son representados por sus madres, las cuales, en ejercicio de los atributos que la patria potestad comprende, toman las decisiones requeridas en nombre de sus hijos. El problema surge cuando son hijos de una menor de edad que aún no ha contraído matrimonio.

Problema advertido por especialistas como Carmen Meza Ingar que en su obra “Ideas para un Código de Familia” da cuenta que “la familia peruana no está constituida únicamente por un modelo social. Hay jefes de familia hombres, a veces mujeres, otros menores de edad y aun niños, que asumen

la responsabilidad de sus propios hermanitos”¹. De la misma forma encuentra que en 1987 la Maternidad de Lima informó de 6,530 partos de adolescentes entre los 11 y 19 años de edad, 33 de ellos correspondió a niñas entre los 11 y 14 años por lo que propone que en algunos casos de padres y madres adolescentes, responsables de discernimiento, podrían ser autorizados a tener acceso a la plenitud de derechos de la institución familiar. Advertencias desde el ámbito académico que no fueron escuchadas por los legisladores, consecuencia de lo cual, en la actualidad² persiste el vacío que afronta la población de madres adolescentes a quienes no se les reconoce capacidad para asumir la titularidad del conjunto de derechos y deberes que comprende la patria potestad.

Nuestro actual Código Civil, en su artículo 421°, al igual que el Código Civil de 1936 en su artículo 395°, establece la titularidad de la patria potestad a favor de la madre aunque sea menor de edad, según el autor de la norma, Héctor Cornejo Chávez: “el hecho mismo de la maternidad desarrolla en la mujer instintos de protección que ordinariamente se hacen notorios a una edad mayor y dinamizan su personal maduración al punto que la ley la considera sui generis (por lo cual no sólo ejerce la patria potestad sobre su hijo, sino ella misma sale de la que la sujetaba a sus propios padres)”³. Con lo que la madre menor de edad podría ejercer las facultades que comprende la patria potestad desde que tenga discernimiento.

Sin embargo, al estar comprendida en el sistema de incapacidades regulado en los artículos 43° y 44° del Código Civil, al no existir causal que extinga la patria potestad que la sujeta a sus padres, y al persistir la necesidad del

¹MEZA INGAR, Carmen. “Ideas para un Código de Familia”. CONCYTEC. Lima, 1990. Lima, 1999. Pp. 18.

² Según la Información Estadística 2010. Oficina de Estadística e Informática del Instituto Materno Perinatal de Lima: son 2,677 adolescentes que en el 2010 fueron atendidas en la Maternidad de Lima, hoy Instituto Materno Perinatal, 17 partos atendidos a menores entre 10 a 13 años; 503 a menores entre 14 a 16 años y 2,157 a menores entre 17 a 19 años.

³CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo I. 5° edic. Librería Studium. Lima, 1985. Pp. 184.

permiso escrito de sus padres para determinadas actividades como viajar fuera del país, casarse, trabajar, etc.; la madre menor capaz de discernimiento, continúa siendo considerada incapaz de actuar por sí misma, y por ende incapaz de representar a sus hijos, a menos que, a partir de los dieciséis años, contraiga matrimonio u obtenga título “oficial” que la autorice para ejercer una profesión u oficio, ambos supuestos muy infrecuentes en madres menores de edad⁴.

Frente a lo cual existen diferentes posturas, desde las que defienden que la madre menor de edad debe ser protegida por la institución civil clásica de la capacidad, la cual la considera incapaz, siendo sus padres quienes ejerzan una doble patria potestad, tanto respecto a su hija como respecto a sus nietos, hasta quienes sostienen que la madre menor de edad debería reputarse emancipada teniendo en cuenta su misma maternidad. Lo cierto es que el contenido y límites del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad no se encuentran claramente delimitados en la legislación nacional.

No habría problemas con el ejercicio de simples actos voluntarios del ámbito doméstico de la autoridad de los padres que abarca las facultades de guarda, cuidado, asistencia y educación, el problema es la representación de los hijos en los actos de la vida civil, sobre todo cuando las decisiones de la menor, respecto de su hijo, son contrarios a los de sus padres, quienes muchas veces sienten que pueden desconocer la voluntad de su hija.

Frente a este problema la Ley N° 27201, que modifica el artículo 46° del Código Civil, establece que tratándose de mayores de 14 años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo para realizar “solamente” los

⁴Sólo el 5.7 % del total de madres adolescentes, convive con su pareja, es mucho menor el índice de matrimonios. Según el Ministerio de Salud 1999, citado por Aymé Buitrón Aranda. “Madres Adolescentes por segunda vez. Un hijo nos une”. En: Hontanar Revista del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Peruana Cayetano Heredia. Año 5, Vol. I Abril 2001, p.59.

siguientes actos: reconocer a sus hijos, demandar por gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos y demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

Una interpretación literal a esta norma, llevaría a pensar que sólo resuelve el problema de los hijos de madres menores que acuden al sistema judicial, manteniéndose la imposibilidad de que las madres menores de edad solteras puedan representar a sus hijos en ámbitos administrativos, diferentes al sistema judicial.

Sin embargo los procesos judiciales de filiación, alimentos, tenencia y gastos de embarazo y parto, no son los únicos medios, ni tampoco son las mejores, ni las más recomendables formas de solucionar controversias o divergencias familiares que involucren a un menor de edad, ni este reducido número de actos son los únicos para los que los hijos de una menor de edad requieren de su representación.

Al impedir que las madres menores de edad solteras representen a sus hijos en el ámbito administrativo, se comete una discriminación, advertida por Carmen Meza Ingar para quien a pesar de los avances que existen sobre el reconocimiento de los Derechos Humanos, la mala aplicación del artículo 43 inc. 1 del Código Civil constituye uno de los casos de “discriminación mediante el derecho”⁵. En efecto, el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna o cualquier condición del niño, de sus padres o representantes legales; por lo que la condición de menor de edad de la madre no debe ser nunca elemento suficiente para que se restrinja el acceso de su hijo a los servicios públicos que requiera.

⁵MEZA INGAR, Carmen. “Los Derechos de los Niños en la República”. En: “Reflexiones de Fin de Siglo”. Exigrafrica E.I.R.L. Lima, 1999.

El autor peruano Alex Plácido incluye en el análisis de este tema el artículo 455° del Código Civil, el cual otorga a los menores capaces de discernimiento la posibilidad de ejercer derechos estrictamente personales sin la intervención de sus padres, considera que el ejercicio de la patria potestad es un derecho personalísimo pero manifiesta que es necesario una regulación más clara de este tema, en sus palabras: “en atención al carácter personalísimo de los derechos a reconocer a los hijos extramatrimoniales y a ejercer sobre ellos la patria potestad, nuestro sistema debe prever expresamente su ejercicio”⁶.

Es de esta forma que queda pendiente aclarar cómo debe armonizarse, en el ámbito administrativo nacional, a la que pertenece el Servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, la regulación de institutos del Derecho Civil clásicos como son la Patria potestad, la Representación y la Capacidad frente a los innovadores principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño tales como el niño sujeto de derechos y la autonomía progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos.

Problemática que me lleva a investigar la realidad del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de Defensorías del Sistema nacional de Atención Integral al niño y adolescente.

Investigación que será desarrollada en las Defensorías de los Niños y Adolescentes registradas en Lima Metropolitana, teniendo en cuenta que la capital de nuestro país concentra a todos los poderes del Estado, cuenta con la oferta más completa de programas y servicios sociales dirigidos a la infancia y adolescencia, y a la vez aglutina centros poblados y organizaciones comunales en ámbitos donde los beneficios de la capital, aún no han llegado.

Es por ello que formulo las siguientes interrogantes:

⁶PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Manual de Derecho de Familia: novedoso método de estudio funcional del Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pp. 322.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

PROBLEMA PRINCIPAL 1: Pp1

¿A qué teoría corresponde el criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios?

PROBLEMA PRINCIPAL 2: Pp2

¿Cómo es ejercida la patria potestad por las madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente?

PROBLEMA SECUNDARIO DEL PROBLEMA PRINCIPAL 2

¿Cómo afecta la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescentes?

1.3 JUSTIFICACIÓN TEORÉTICA

No obstante la amplia población de menores de edad que habita nuestro país⁷, no es común discutir sobre las libertades individuales de este grupo de personas, y sus posibilidades de acción por cuenta propia y en representación de sus hijos, a pesar de haberseles reconocido los mismos derechos fundamentales que a los adultos, por lo que enfrentan diversas

⁷ Según el INEI, en el “Perfil Sociodemográfico del Perú”. Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda. 2° edic. Lima, 2008. La población peruana es mayoritariamente joven, pues más del 50% de peruanos tiene entre 0 y 29 años de edad, entre los cuales 8 357 533, casi un tercio de la población total, son menores de 15 años.

dificultades en el ejercicio de estos derechos debido a la falta de claridad en el contenido y límites de estos derechos.

Mediante la presente investigación pretendo insertar a la discusión jurídica un tema sobre el contenido y límites de los derechos y libertades de los menores de edad, específicamente sobre el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en el ámbito administrativo, a mi parecer, uno de los temas menos claros de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta forma pretendo contrastar cómo la teoría de la protección integral del niño que contiene los principios de niños sujetos de derecho y capacidad progresiva son aplicados en los Servicios de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño, a favor de madres menores de edad y de sus hijos, así como la armonización de estos principios con las instituciones civiles de la patria potestad, la representación y la incapacidad.

1.4. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

Ante la problemática de la maternidad a temprana edad existen investigaciones desde la perspectiva psicológica, obstétrica y social, sin embargo no existen investigaciones jurídicas que hayan abordado este tema, lo cual no quiere decir que sea un tema pacífico o que las madres menores de edad no tengan conflictos que merezcan un tratamiento jurídico.

En mi experiencia profesional, en calidad de Defensor-Conciliador de una Defensoría del niño, niña y adolescente, he advertido que existe una serie de vacíos y conflictos normativos sobre la posibilidad que tienen las madres menores de edad de representar y tomar decisiones en favor de sus hijos frente a entidades de la administración pública, lo cual significa una dificultad más en el ejercicio de sus propios derechos y en el de sus hijos.

Por lo que considero que es sumamente necesario saber cómo es ejercida la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en un ámbito administrativo como el Sistema de Defensorías de los Niños y Adolescentes.

Con lo que la presente investigación es conveniente ante la falta de claridad de la regulación nacional del ejercicio de la patria potestad por madres que aún son menores de edad.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo General

Describir cómo es que las madres menores capaces de discernimiento ejercen la patria potestad en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.

1.5.2. Objetivos Específicos

- 1.5.2.1.** Observar cuáles son los criterios interpretativos aplicados por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios.
- 1.5.2.2.** Observar la relación entre la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento y el acceso de sus hijos al Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.
- 1.5.2.3.** Formular propuestas de regulación clara del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento que sean coherentes con sus necesidades y la realidad.

1.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.6.1. Hipótesis

Hipótesis Principal 1: H1

El criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios, corresponde a la doctrina del menor en situación irregular.

Hipótesis Principal 2: H2

La patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente

Hipótesis Secundaria de la Hipótesis Principal 2

La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.

1.6.2. Identificación de Variables.

Variables	Indicadores
Familia	Madre menor Hijo de una madre menor
Menor de edad	Sujeto de Derechos Objeto de Protección
Doctrina de la protección integral	Derechos fundamentales del menor Menor de edad como persona libre
Doctrina de la Situación Irregular	Menor incapaz Tutela
Defensorías del Niño y Adolescente	Defensa de derechos fundamentales
Patria Potestad	<ul style="list-style-type: none"> • Representación del hijo • Tenencia • Alimentos • Toma de decisiones • Reglas de conducta • Solución de conflictos
Restricción de ejercicio de la Patria Potestad	Incapacidad Intervención de adultos

1.7. AMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN

El ámbito espacial es Lima Metropolitana, por lo que la investigación se desarrollará en las Defensorías del Niño, Niña y Adolescente ubicadas en los 49 Distritos comprendidos en la zona urbana limeña y colindante a ella, donde viven personas que todos los días viajan desde sus hogares hasta sus trabajos.

El ámbito temporal comprende los años 2000 - 2012, periodo en el que está vigente el Código de los Niños y Adolescentes que regula el funcionamiento de las Defensorías, las cuales vienen funcionando desde el año 1996. Se busca conocer cómo es que en este periodo las madres menores de edad capaces de discernimiento han venido ejerciendo la patria potestad en las Defensorías.

1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente investigación es un estudio descriptivo, que “consiste en describir situaciones, eventos y hechos. Cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno”⁸. Específicamente el fenómeno del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el servicio de defensorías del sistema nacional de atención integral al niño y al adolescente.

Enfoque integrado multimodal (triangulación): Siendo un estudio cualitativo con componentes cuantitativos.

Cualitativa: Pues se va a tomar en cuenta el entendimiento del contexto donde ocurre el fenómeno investigado (el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Protección Integral del Niño y del Adolescente).

⁸ HERNANDEZ SAMÍERI, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Collado. “Metodología de la Investigación”. 3º Edic. Mc Grau-Hill Interamericana. México, 2003, p. 117.

Cuantitativa: En tanto que se va a describir y medir el porcentaje de Defensorías que restringen el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento.

1.9. POBLACIÓN DE ESTUDIO: El universo está constituido por el total de Defensorías del Niño y del Adolescente del Sistema Nacional de Atención Integral de los Niños y Adolescentes registradas en Lima Metropolitana: 136 Defensorías.

1.10 TAMAÑO DE MUESTRA: Para calcular el tamaño muestra para la presente investigación hemos acudido a una fórmula estadística que nos permite obtener la estimación de proporciones poblacionales tomando en cuenta el nivel de confianza al que queremos trabajar, en la presente investigación al 95%, y cuál es el error máximo que estamos dispuestos a admitir en nuestra estimación, en la presente investigación, el 12%. La fórmula que nos permitirá determinar el tamaño muestral es la siguiente:

$$n = \frac{N z_{\alpha/2}^2 P(1-P)}{(N-1)e^2 + z_{\alpha/2}^2 P(1-P)}$$

Donde:

$z_{\alpha/2}$: corresponde al nivel de confianza elegido = 0.95
P : proporción de una categoría de la variable = 0.5
e : error máximo = 0.12
N : tamaño de la población= 136

Con lo que se obtiene que un tamaño de muestra, representativo de la población de 136 Defensorías en Lima Metropolitana, son 35 Defensorías, a las cuales se le aplicarán las técnicas de recolección de datos que nos permitan contrastar nuestras hipótesis.

1.11. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas de investigación social que han sido seleccionadas de entre las disponibles en el campo de la investigación social se encuentran estrechamente ligadas a una serie de criterios previos, que delimitan su idoneidad para la producción de información relevante, para dar respuesta tanto a la hipótesis planteada, como por ser capaces de proporcionar unos contenidos específicos dirigidos a responder a los objetivos de la investigación, éstas son:

- La entrevista estructurada, aplicada a los encargados o representantes de las Defensorías del niño, niña y adolescente del Sistema de Atención Integral del Niño y del Adolescente, registrados en Lima Metropolitana, en la muestra de 35 Defensorías.
- Revisión de documentos de atención de las Defensorías del niño, niña y adolescente del Sistema de Atención Integral del Niño y del Adolescente, registrados en Lima Metropolitana, tales como Fichas de Recepción de Casos y Relato de los Hechos, Fichas de Derivación de Atención Especializada, Fichas de Entrevista, Fichas de seguimiento, Actas de Conciliación y Actas de Compromiso, en la muestra de 35 Defensorías.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO FILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN: EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD DE LA MADRE MENOR DE EDAD

El tema más discutible en la presente investigación es el reconocimiento de la posibilidad de adoptar decisiones, en representación de sus hijos, a las madres menores de edad capaces de discernimiento, puesto que aún resulta polémico el reconocimiento de su propia autodeterminación y de su facultad para tomar decisiones libres y responsables por sí mismas. El derecho al ejercicio de la patria potestad, como conjunto de facultades personalísimas, es una manifestación del derecho a la libertad, sin embargo es preciso aclarar cuál es el contenido y los límites de este derecho cuando la titular es una madre menor de edad.

El fundamento material del Estado de Derecho moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII.

Dicho fundamento está cifrado, ante todo, en la libertad del ser humano, sobre la cual tiene derecho a construir un proyecto de vida en ejercicio de su autonomía moral, cuyo reconocimiento, respeto y promoción debe ser el principio articulador de las competencias y atribuciones de los poderes del Estado.

Si bien es cierto, en un inicio esta libertad sólo fue reconocida a los burgueses varones mayores de edad, hoy rige el principio de la universalidad de los derechos humanos según la cual, la regla general es que todo ser

humano es titular de los derechos fundamentales y la restricción a su ejercicio es la excepción que, no sólo debe estar establecida en la ley, sino también debe ser razonable y en ningún caso afectar la dignidad de ninguna persona, sea varón mayor de edad, indígena, mujer, niño, madre menor de edad, etc.

Desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante la doctrina de la protección integral, quedó claro que los niños, como sujetos de derecho, cuentan, por lo menos, con los mismos derechos fundamentales con los que cuentan las personas adultas en un Estado de Derecho. El hecho de que los niños cuenten con derechos específicos a cuidados y asistencia especiales a su favor, no quiere decir que no sean titulares de los derechos inherentes a la persona humana.

La postura anterior y contraria a la protección integral del niño es la ideología tutelar paternalista de la doctrina de la situación irregular donde se tutela al menor porque se lo considera inferior, tal como en su momento se tuteló a los indios, a los negros y a las mujeres, considerados incapaces, frente a lo cual surge el descubrimiento de que los menores de edad son personas, y en tanto personas son titulares del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, lo que no resulta fácil es determinar en qué consiste este derecho.

Si hablar de libertad es de por sí complicado, el tema de la libertad de los menores de edad lo es aún más, puesto que “aunque la libertad es un principio jurídico, lo cierto es que sus fundamentos son pre jurídicos. Hay cuestiones filosóficas, económicas, políticas, sociológicas y hasta psicológicas relacionadas con la libertad”⁹, cuestiones que se singularizan cuando hablamos de madres menores de edad.

⁹CARBONELL, Miguel. “La libertad. Dilemas, retos y tensiones”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2008, p. XIX.

Es por ello que en el presente apartado luego de aclarar en qué consiste la teoría de la protección integral del niño, vamos a desarrollar el contenido del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad, iniciando con la concepción de libertad como autonomía de Immanuel Kant, autonomía que no es ilimitada por lo que veremos el tema del paternalismo, desde John Stuart Mill y desde la perspectiva del Tribunal Constitucional peruano, libertad negativa y positiva, autonomía privada y el contenido del derecho a la libertad de los menores de edad para lo que se tomará en cuenta el interés superior del niño como principio que rige para toda actividad relacionada con ellos, así como el principio de la autonomía progresiva de los menores.

2.1.1. Teoría de la Protección Integral del Niño

El concepto de protección integral de la infancia se esparció por América Latina durante la década de los 90, inmediatamente a la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, existió un intenso proceso de reforma legislativa en esta materia que llevó a la transformación del concepto de protección de los menores bajo tres bases sobre las cuales se construye la Teoría de la Protección Integral: el niño como sujeto de derechos, el derecho a la protección especial y el derecho a condiciones de vida que permitan su desarrollo integral, de esta forma el concepto de protección integral se convirtió en un concepto que sirve para promover la Convención como una doctrina nueva, con vida y contenido propios.

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, así como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad “Reglas de Tokio”, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de

Riad”, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 fueron desarrollando la doctrina de la protección integral de los niños y adolescentes. Esto implica considerar al niño como sujeto pleno de derechos y reconocer las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos.

Asimismo, recogen esta teoría el pionero Estatuto da Criança y do Adolescente adoptado por Brasil en 1990, que no sólo emplea el concepto de protección integral sino que lo identifica como la finalidad única de la ley; asimismo lo hace el Código del Menor de Bolivia de 1992 que fue derogado por el Código del Niño, Niña y Adolescente de 1999; el Código del Menores de Ecuador de 1992 suprimido por el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003; el Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes adoptado por la República Dominicana en 1994, sustituido por el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de 2003; el Código de los Niños y Adolescentes de 1992 en Perú, que fue sustituida por el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes de 2000; y el Código de la Niñez y Adolescencia de Nicaragua, de 1998, fue derogado por otro con el mismo título en 2003.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto del año 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al pronunciarse sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, adopta la Teoría de la Protección Integral del Niño.

En sus intervenciones escritas y orales, en la mencionada Opinión Consultiva la Comisión Interamericana manifestó:

“La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Este sistema se

caracteriza por: reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar de sus derechos.

Con este nuevo modelo, los Estado se comprometen a transformar su relación con la infancia, abandonando la concepción del niño como incapaz y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los instrumentos internacionales con mayor número de ratificaciones, no todos los países en el continente americano han armonizado sus legislaciones con los principios establecidos en ella, y los que lo han hecho han enfrentado dificultades para llevarlos a la práctica.

En el sistema interamericano, el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso donde esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye, según el artículo 8 y 25 de la Convención Americana cualquier procedimiento administrativo”.

Finalmente, por seis votos contra uno la Corte Interamericana llega a emitir 13 opiniones, me interesa resaltar las dos primeras:

1. De conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados

como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

De la misma forma el Tribunal Constitucional peruano al interpretar que el Principio del Interés superior del Niño forma parte del bloque de constitucionalidad¹⁰, ante la pregunta sobre qué derechos deberán ser protegidos y garantizados por el Estado, el Tribunal Constitucional responde “todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú”¹¹, en tanto, se debe tomar en consideración al niño, niña y al adolescente como sujetos de derechos y no como objetos de protección¹². Uno de estos derechos humanos cuya titularidad del menor es incuestionable es el derecho a la libertad.

2.1.2. La libertad como autonomía en Immanuel Kant

El problema clásico de la libertad, definido y desarrollado a lo largo de siglos de trabajo por parte de filósofos, teólogos y científicos, plantea la pregunta de si la constitución del mundo es tal que nos permite tomar decisiones genuinamente libres y responsables¹³.

Pocos años antes de la revolución francesa, en su Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Immanuel Kant, había expresado de modo más completo los valores últimos del racionalismo ilustrado que le habría paso a los ideales liberales que son base axiológica del ordenamiento jurídico actual.

¹⁰ Párrafo 9. Resolución 03247-2008-HC del Tribunal Constitucional (03 de febrero del 2009), Párrafo 45 del Expediente N° 0052-2004-AA/TC y Párrafo 12 de los fundamentos de la sentencia recaída en el Exp. N°6165-2005-HC/TC (6de diciembre d 2005).

¹¹ Resolución 03247-2008-HC.

¹² Ibid.

¹³ DENNETT, Daniel. “La Evolución de la Libertad”. Editorial Paidós Ibérica. Barcelona, 2003. Pp. 24.

Derecho natural del hombre hay uno únicamente, la libertad, decía Kant, para quien libertad equivale a autonomía de la voluntad¹⁴, la capacidad de los seres racionales para determinarse a obrar según leyes que son dadas por su propia razón.

Para Kant, en la naturaleza cada cosa actúa siguiendo ciertas leyes, sólo el ser racional posee la facultad de autolegislar o auto determinar su accionar, pues posee voluntad. En efecto etimológicamente autonomía proviene de las voces auto (propio) y nomia (norma). Para Kant la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, es la constitución de la voluntad, por la cual es ella misma una ley.

Pero no todas las acciones de los seres racionales son dirigidas por las leyes de la razón, su voluntad también es dirigida por leyes naturales como las inclinaciones, las necesidades y los instintos. Sólo en los santos coinciden las leyes naturales en la misma dirección de las leyes racionales; el hombre común, es propicio a la dirección del instinto natural, pero tiene el deber de cumplir con las leyes que le dicta la razón que es lo que los hace seres morales y libres.

Estas leyes deben ser concordantes con ciertos imperativos categóricos que son leyes universales. En efecto libertad no significa no tener límites, “ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción”¹⁵, es por eso que existe una legalidad universal de las acciones en general. La libertad práctica no puede confundirse con la anarquía o la arbitrariedad. Antes bien, la libertad práctica

¹⁴¿Qué puede ser, pues, la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma? KANT, Immanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Trad. Manuel García Morente. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa. San Juan de Puerto Rico, 2007. Pp. 60.

¹⁵KANT, Immanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Ob. Cit. Pp. 7.

exige que la voluntad se ajuste a la lógica y coherente legalidad de la racionalidad humana¹⁶.

Solamente si la decisión humana queda sujeta a argumentos y principios racionales, habla Kant de la libertad en un sentido estricto, y a decir verdad de la libertad de la voluntad y de la libertad moral.

La idea de responsabilidad y obligatoriedad del obrar humano sólo cobra sentido si, y sólo si, se presupone la posibilidad de acciones libres. De lo contrario, amenazaría el peligro del fatalismo como consecuencia subjetiva de reconocer que todo acontecimiento es determinable naturalmente.

Según Kant, la autodeterminación sólo puede llegar a ser pensada como libre supeditación de la voluntad a una ley dada a sí misma, bajo el principio formal imperativo categórico, por medio del cual ha de comprobarse la ausencia de contradicción en las máximas subjetivas bajo la condición de una universalidad estricta. Sólo esto garantiza la conformidad de las máximas para la acción bajo criterios generales de racionalidad y, con ello, la exclusión de los motivos privados y los impulsos sensibles. De este modo, la libertad de la voluntad, la autonomía y la racionalidad quedan estrechamente entrelazadas.

Sin embargo, autoras como Herta Nagl-Docekal advierten que para Kant, sólo los varones adultos son morales¹⁷, en efecto al responder a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?, explica que es la salida del hombre de su minoría de edad. “La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no yace en un defecto del

¹⁶WAGNER, Astrid. “Libertad estética y libertad práctica. La Crítica del Discernimiento y su incidencia en el concepto kantiano de libertad moral”. En: ISEGORÍA/30 (2004). Pp. 165.

¹⁷NAGL-DOCEKAL, Herta. “Ética Femenina: Cómo puede beneficiarse de la Filosofía Moral de Kant”. En: “Interpretación Feminista de Immanuel Kant”. Editado por RobinMaySchott. Universidad Estatal de Pensilvania. Pp. 102.

entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro”¹⁸.

Para Kant, si bien los humanos son iguales en lo que se refiere a su capacidad de autodeterminación, es precisamente por el uso de esta facultad que aparecen diferencias entre ellos. Todas las personas tenemos la capacidad de autodeterminación, pero cada cual la aplica de diferente manera, pues cada quien escoge de forma individual sus fines.

Generalmente las feministas consideran a la postura kantiana como misógina¹⁹ puesto que numerosos estudios muestran cómo la cara vista de la ética kantiana (emancipación, libertad, ciudadanía, derechos y demás bagaje ilustrado) se apoya en una cara oculta mucho más siniestra que limita el acceso a las realidades que esos conceptos refieren, de entre otros, los menores de edad, las mujeres y peor aún las mujeres menores de edad.

Lo cual convierte en extraño acudir a Kant en una tesis que se fundamenta en el reconocimiento de la autonomía de las mujeres menores de edad, población doblemente excluida del grupo al cual el filósofo alemán reconoce autonomía.

Sin embargo Kant debe ser entendido desde la sociedad de su época, el siglo XVIII, el universalismo formal kantiano contiene elementos de indudable utilidad para fundamentar toda libertad, por lo que no debe ser entendido literalmente. Kant no consideró autónomos a los menores de edad, ni a las

¹⁸ KANT, Immanuel. “¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia”. Trad. Roberto Aramayo. Alianza Editorial. Madrid, 2004.

¹⁹ VILLARMEA, Stella. “En el corazón de la libertad: el universalismo kantiano desde una aproximación de género”. En: DOXA: Series Filosóficas N° 18, 2004 pp. 321. UNED, Madrid. La autora de este ensayo cita alguna de las frases que sustentan el alejamiento de las feministas de Kant, tales como “La mujer es animal doméstico. El hombre camina por delante con las armas en la mano, y la mujer con la carga de los enseres de la casa”; “En lo que respecta a las mujeres cultivadas, éstas necesitan de sus libros acaso tanto como de su reloj; a saber, lo llevan para que se vea que tienen uno, tanto si está como si no está puesto en hora con relación al sol”; “Una mujer letrada, que tenga la cabeza llena de griego, como la Señora Dacier, o que sostenga discusiones profundas sobre mecánica, como la Marquesa de Chatelet, tendrá que tener barba; porque ésta expresaría mejor la imagen del pensamiento sesudo por el que luchan”.

mujeres pero otorgó postulados, los imperativos categóricos que regulan el ámbito dentro del cual el ser racional puede autorregularse. Si estos imperativos categóricos admiten que las madres menores de edad son autónomas, que su voluntad está en capacidad de actuar por un motivo de respeto a la ley moral o deber (por qué lo quiero hacer) y por una intención que es conforme a la ley moral (qué quiero hacer), entonces una regulación que reconozca autonomía a las madres menores de edad será una norma moral de nuestra sociedad.

Los imperativos categóricos kantianos son la igualdad formal, es decir, el imperativo de la universalidad que ordena al ser humano a obrar de modo que quisiera ver convertidas en leyes universales las máximas de su conducta; la dignidad, es decir, el imperativo de los fines, que ordena nunca tratar a un ser humano solo como simple medio, sino como un fin en sí mismo; y la libertad, es decir, el imperativo de la autonomía, que ordena no afectar la voluntad de un ser humano ejercida de tal modo que no violente la voluntad ajena.

Es justamente la universalidad, el imperativo que, en nuestros tiempos, no permitiría la exclusión de ningún grupo humano, por lo que, en obediencia a este principio, no sería aceptable desconocer la voluntad (imperativo de la autonomía) ni de las mujeres, ni de los menores de edad como en su momento lo afirmó Kant.

2.1.3. El Paternalismo

2.1.3.1. John Stuart Mill

En la Inglaterra del siglo XIX, John Stuart Mill dio a conocer su ensayo “Sobre la libertad”, donde expone que la sociedad no puede legislar sobre la vida privada, más bien al contrario, la libertad es el derecho a la no-

interferencia y, por ello, conlleva la protección de la diversidad contra toda opresión, entre las cuales la más temible es la que proviene del poder de una opinión pública que pretenda imponer cualesquiera costumbres o creencias. La libertad no consiste en someterse a la ley del número, ni debe ser limitada por la tiranía de la mayoría.

Quizá la mayor aportación de este autor clásico a la comprensión de los alcances de la libertad y a la definición de las fronteras entre libertad y dominio, consiste en su clásica enunciación del llamado principio de daño. Este principio se basa en la idea de que deberíamos hacer todo aquello que no dañe a otros, según sus propias palabras:

“Este principio afirma que el único fin por el que está justificado que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que puede ejercerse legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a hacer algo, o a abstenerse de hacerlo porque sea mejor para él, porque le haría feliz o porque, en opinión de otros, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir o razonar con él, para persuadirlo o suplicarle, pero no para obligarle o inflingirle algún daño si actúa de otro modo. Para justificar esto debe pensarse que la conducta de la que se le quiere disuadir producirá un daño a otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que afecta a los demás. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano²⁰.

²⁰MILL, John Stuart. “Sobre la Libertad”. Edit. Alianza. Madrid, 1997. Pp. 94 y 95.

Con lo que señala una frontera intransferible para los poderes públicos y para los poderes privados: la que concierne al cuerpo de las personas y a los actos humanos que no trasciendan hacia la esfera jurídica o moral de los demás. Esa frontera es la que señala, en un primer momento, hasta donde pueden llegar las reglas del derecho o de la ética. La soberanía sobre el propio cuerpo se proyecta en una serie de cuestiones tan dispares como el consumo personal de drogas, el aborto, la eutanasia, los tatuajes, las prácticas sexuales, etcétera.

Para el liberalismo, a partir de los postulados de Mill, la autonomía de la persona entendida como valor socialmente compartido no puede permitir que el Estado determine cuáles son las formas de vida que merecen la pena y cuales no²¹. Cada individuo lo decidiría con la limitación de no dañar a los demás, somos libres para llevar a cabo una conducta, siempre que esa conducta no dañe a los demás.

La intervención del estado en los actos privados que no afecten a terceros, con la justificación de proteger a la propia persona que realiza dichos actos es denominada “paternalista”.

Desde este enfoque se sostiene que en el Estado Constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico, en tanto afecta la autonomía moral y la libertad de elección del ser humano.

La única medida paternalista que Mill acepta en su ensayo es aquella que busque proteger de manera especial a personas que no sean capaces de ejercer cabalmente su libertad, como en el caso de los niños. Según él: “Los que están todavía en una situación que exige que sean cuidados por otros,

²¹ROSENKRATZ, Carlos F. “El valor de la Autonomía”. En: La Autonomía Personal. CEC. Madrid, 1992, p 13.

deben ser protegidos contra sus propios actos, tanto como contra los daños exteriores”²².

Un paternalismo permitido es el que se produce en materia familiar y educativa, para proteger a los menores de edad que todavía no pueden desarrollar sus planes de vida de forma autónoma. Siempre y cuando esté dirigido a fomentar el máximo grado de autonomía de las menores, sin sujetar de forma completa el ejercicio de esa autonomía a una visión concreta de la misma. Esta idea justificaría las limitaciones que existen en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de países democráticos respecto a la capacidad de los menores de edad de ser titulares o ejercer por sí mismos algunos derechos fundamentales sin embargo dichas limitaciones deben estar justificadas.

El importante lugar que ocupa el principio de daño en la construcción teórica de Mill sobre la libertad, nos podría hacer pensar que nuestro autor defiende una posición puramente negativa de la libertad, entendiendo que dicha libertad abarca la protección de una esfera impenetrable por los poderes públicos y por los particulares, dentro de la cual podríamos actuar como consideremos oportuno. Pero Mill no se queda ahí, sino que en su famoso ensayo enuncia algunos rasgos de la libertad en la línea de lo que ya en el siglo XX Isaiah Berlin llamó “libertad positiva”, a la que algunos autores denominan “autonomía”.

La autonomía, en otras palabras, no pasa inadvertida para Mill, aunque no la alcanza a construir con tanta contundencia como lo hicieron otros autores después de él. Hay, pese a todo, algunas frases en *Sobre la libertad* que nos pudieran hacer pensar en una visión de Mill inclinada no solamente hacia la libertad negativa, sino también hacia la libertad positiva o hacia la autonomía personal. Por ejemplo, cuando escribe que la libertad humana “comprende,

²²MILL, John Stuart. “Sobre la Libertad”. Ob. Cit., p. 95.

primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y de sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas”²³. Algunas modalidades de libertad así entendida suponen no solamente ausencia de impedimentos, sino también el ejercicio de la voluntad para definir prioridades, objetivos, valores, etcétera.

Todavía queda más clara la presencia de un asomo de libertad positiva en la siguiente frase de Mill:

La libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudique, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada²⁴.

En una palabra, Mill habla en esta frase de autonomía personal, no de mera ausencia de impedimentos. Lo hace también cuando invita a sus lectores a no dejarse guiar por terceros en las cuestiones que más importan, a determinar sus propios planes y establecer sus metas de vida; sus palabras son:

El que deje al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos. El que escoge por sí mismo un plan, emplea todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el razonamiento y el juicio para prever, la actividad para reunir los materiales de la decisión, el discernimiento para decidir, y cuando ha

²³ MILL, John Stuart. Op. cit., p. 98.

²⁴Idem.

decidido, la firmeza y el autodomínio (self-control) para sostener su deliberada decisión²⁵.

2.1.3.2. El Tribunal Constitucional Peruano frente al Paternalismo

En su sentencia N° 0032-2010-AI del 19 de julio del año 2011, el Tribunal Constitucional peruano resuelve un proceso de inconstitucionalidad contra la Ley General para la prevención de los riesgos del consumo de Tabaco, Ley 28705. Caso en el que los demandantes, 5,000 ciudadanos, consideran que la Ley a la que se oponen contiene inaceptables medidas paternalistas que restringen arbitrariamente su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

El Tribunal acepta que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, contenidas en la ley impugnada, en tanto restricciones a la libertad de fumar, constituyen, a su vez, restricciones al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Aclara que tales prohibiciones solo resultarán constitucionales en la medida de que sean respetuosas del principio de proporcionalidad, y que las medidas paternalistas deben ser excepcionales, pero que no necesariamente son inconstitucionales, puesto que si la restricción a la libertad que importan es mínima y la protección es necesaria, estamos frente a medidas paternalistas legítimas. Finalmente el Tribunal establece que las medidas contenidas en la Ley recurrida son constitucionales, por lo que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28705.

Según el propio colegiado “establecido como una de las reglas que subyace al reconocimiento de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a las libertades de conciencia y expresión, es la imposibilidad de que el Estado instaure medidas jurídicas paternalistas, es preciso

²⁵Ibidem, p. 168.

destacar que dicha regla, como todas en el Estado Constitucional, no es absoluta, sino prima facie. Y es que tal como lo ha referido Francisco Laporta, es posible convenir en supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria o como dice Ernesto Garzón Valdés, en que ella puede llegar a tener un elevado grado de plausibilidad o en palabras de Carlos S. Nino, en que ella se encuentra ampliamente justificada. Es decir bajo ciertas circunstancias excepcionales, los poderes públicos pueden adoptar medidas que limiten el libre desarrollo de la personalidad, teniendo como exclusiva finalidad el bien de la propia persona limitada en su libertad”²⁶.

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales, limitando la posibilidad del ejercicio de su autonomía moral. Por el contrario, el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso.

En primer término, no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.

²⁶STC N° 0032-2010-AI.Fundamento 50.

En segundo lugar, cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía.

Ahora bien, es verdad que la intensidad en el sacrificio de la libertad, en salvaguarda de los derechos del propio ser humano que la ejerce, puede variar dependiendo del caso, por lo que más allá de la lógica que pueda resultar a primera vista la medida paternalista, es preciso valorar detenidamente las circunstancias en función de cada persona en particular. Por ejemplo, no es lo mismo exigir el uso del casco a un conductor de motocicleta o a un obrero de construcción civil que quiera evitar su uso por una cuestión llanamente estética, que a aquel que se rehúse a usarlo porque es un principio fundamental de su religión que los hombres solo puedan cubrir su cabeza con un turbante. Es el caso, por ejemplo, de quienes profesan la religión india sij. De ahí el artículo 16.2. de la Road Traffic Act de 1988 y el artículo 11° de la Employment Act de 1989 en el Reino Unido, permiten a quienes profesan esta religión exceptuarse de la obligación de llevar el casco al viajar en moto y en las actividades de construcción, respectivamente²⁷.

Una medida paternalista se encuentra justificada en el Estado Constitucional, cuando se trata de casos en los que el grado de incidencia de la medida sobre la libertad es mínimo en comparación con el grado de protección que genera con relación a ciertos derechos fundamentales o en los que es objetivamente dudoso que la voluntad de la persona tenga un origen plenamente consciente, autónomo y libre y, adicionalmente, se evita de modo plausible la generación de un serio e irreversible daño a los derechos fundamentales de la propia persona. Es evidente, no obstante, que se trata

²⁷STC N° 0032-2010-AI. Fundamento 55.

de medidas excepcionales, de modo que la regla general continúa siendo el respeto por el máximo grado de autonomía moral posible del ser humano.

A similar conclusión ha llegado la Corte Constitucional colombiana, al identificar dos hipótesis, a saber, de un lado, las medidas jurídicas coactivas que pretenden obligar la realización u omisión de una acción, con el fin de imponer a los ciudadanos determinados modelos de virtud o excelencia humana. Y, se ha concluido que este supuesto, propio del llamado perfeccionismo o moralismo jurídico, no es en ningún aspecto compatible con los principios contenidos en nuestra Constitución. De otro lado, están las medidas que buscan proteger los intereses de la propia persona, pero tienen como fin procurar bienestar, felicidad, necesidades, intereses o valores de aquel a quien se dirige la medida. Estas por el contrario son compatibles con la Constitución, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Ambos tipos de medidas suponen, por supuesto, interferencia en la libertad de acción de las personas. Las primeras no cuentan con justificación constitucional alguna, y la superación del denominado test de proporcionalidad.

2.1.4. Libertad Negativa y Libertad Positiva.

Como todo derecho fundamental el derecho a la libertad tiene una doble dimensión, una dimensión negativa, y una positiva.

- **Libertad Negativa**

Isaiah Berlin nos indica que la libertad negativa equivale a la no interferencia, a la posibilidad de actuar como mejor nos lo parezca sin que nadie se interponga u obstaculice nuestros actos.

Normalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad... la libertad

política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieran²⁸.

Se trataría de contar con un espacio exento de coacción. La coacción y la libertad guardarían una relación simétrica a la inversa: cuanto más crece una más pequeña se hace la otra y viceversa.

En principio, las fronteras de la libertad en sentido negativo estarían fijadas, según Berlin, por el ámbito de la vida privada. En la medida en que una persona realice actividades privadas no debe ser importunada en modo alguno. Berlin acepta que es discutible hasta dónde llega la vida privada y dónde comienza la vida pública dentro de cuyo espacio puede imponerse la coacción y, en esa virtud, limitarse la libertad. “Dónde tenga que trazarse esa frontera es cuestión a debatir y, desde luego, a negociar. Los hombres son muy interdependientes y ninguna actividad humana tiene un carácter tan privado como para obstaculizar en algún sentido la vida de los demás”²⁹.

La cesión de nuestra libertad puede llegar hasta un determinado punto: “Aquel que un hombre no puede ceder sin ofender la esencia de la libertad humana”³⁰.

Bobbio utilizó en su momento la misma nomenclatura que Berlin para referirse a la libertad. En uno de sus más conocidos ensayos, Bobbio nos indica que la libertad negativa se puede definir como “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”³¹. Esta libertad supone que no hay impedimentos para realizar alguna conducta por parte de una determinada

²⁸ BERLIN, Isaiah. “Sobre la libertad” Edit. Alianza Editorial. Madrid, 2004, p. 208.

²⁹ Ibidem, p. 208.

³⁰ Ibidem, p. 212.

³¹ BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”. Edit. Paidós. Barcelona, 1993, p. 97.

persona (ausencia de obstáculos), así como la ausencia de constricciones, es decir, la no existencia de obligaciones de realizar determinada conducta.

La figura deóntica que identifica a la libertad negativa dentro de un ordenamiento jurídico es la permisión³²; por ejemplo, un enunciado normativo de este tipo diría: “El sujeto A es libre de hacer X en relación con el sujeto B o en relación con todos los sujetos de la comunidad política C”.

Concretando lo anterior podemos decir, como lo escribe Francisco Laporta, que desde el punto de vista jurídico-político hay libertad para actuar de una determinada manera cuando no existe norma jurídica alguna que prohíba hacerlo, o bien no existe norma que obligue a actuar de otro modo, o, todavía existe una norma que permita explícitamente actuar de este modo.

Como recuerda Bobbio³³, ya en los primeros desarrollos del pensamiento ilustrado se encuentran las ideas básicas sobre la libertad negativa. Así, por ejemplo, Hobbes sostiene que:

Dado que las leyes nunca han limitado ni pueden limitar todos los movimientos y acciones de los ciudadanos en vista de su variedad, quedan necesariamente innumerables cosas que las leyes no ordenan ni prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. Con respecto de ellas se dice que cada uno goza de su libertad, debiéndose entender, en este caso, que la libertad es aquella parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos.

Cercana a esta concepción de Hobbes es la que sostiene Locke, que identifica al estado de naturaleza como el reino de la libertad absoluta; el estado de naturaleza, sostiene es un Estado de perfecta libertad para que

³²ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993, pp. 211 y ss.

³³BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”. Ob. cit. p. 99.

cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso no depender de la voluntad de ningún hombre.

El mismo Locke escribió que la libertad de los hombres bajo el gobierno consiste en una libertad que me permite seguir mi propia voluntad en todo aquello en lo que la norma no prescribe, así como no estar sometido a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre.

La influencia de Rousseau; para quien “la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad” y de Montesquieu quien sostiene que “la libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten”; sobre los primeros textos constitucionales se ilustra con el artículo 4° de la Declaración francesa de 1789, que comienza afirmando que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otros”.

- **Libertad Positiva**

La libertad positiva nos dice Bobbio, puede definirse como “la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”³⁴. Si la libertad negativa se entiende como la ausencia de obstáculos o constricciones, la positiva se entiende como la presencia de un elemento crucial: la voluntad, el querer hacer algo, la facultad de elegir un objetivo, una meta. La libertad positiva es casi un sinónimo de la autonomía.

Mientras que la libertad negativa tiene que ver con la esfera de las acciones, la positiva se relaciona con la esfera de la voluntad. Como señala Bobbio, “la libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad”³⁵; o en palabras de Berlin, “el sentido positivo de la libertad sale a relucir, no si intentamos responder a la pregunta que soy

³⁴BOBBIO, Norberto. “Igualdad y Libertad”. Ob. cit. p. 100.

³⁵Ibidem, p. 102.

libre de hacer o ser, sino si intentamos responder a por quién estoy gobernado o quien tiene que decir lo que yo tengo que ser o hacer”³⁶.

2.1.5. Autonomía Privada

La autonomía privada es la expresión originaria de la libertad. Sobre tal postulado, Antonio López Pina cita a Ernst-Wolfgang Bockenforde: “A la distinción entre Estado y sociedad subyace la idea del individuo que se autogobierna, cuya autonomía respecto del Estado debe ser preservada. A él sirve la dicotomía de libertad privada y vinculación estatal. Ello da lugar a un reparto de las justificaciones: no es el individuo que ejerce su libertad el que ha de dar razón de ello; es el Estado que interviene en tal derecho de libertad el que ha de justificarse. El Estado tiene encomendadas tareas limitadas, en particular la garantía de la paz, la seguridad y la libertad. Las intervenciones del Estado en la libertad individual solamente serán, así, válidas, en la medida que sean necesarias para satisfacer tales tareas; sólo con tal reserva estamos dispuestos a otorgar al Estado la competencia sobre la competencia”³⁷.

En otras palabras, los derechos fundamentales formalizan la dicotomía, por principios, de la libertad para el individuo y acción reglada para los poderes públicos. Para los privados se crea una franquicia de autonomía libre de Derecho, para lo público se fija una vinculación al Derecho. Mientras que para los particulares el Derecho incide sólo definiendo externamente los límites de lo que es lícito, los poderes públicos disponen de menos discrecionalidad, habiendo de actuar conforme a un principio reglado de competencia y responsabilidad; la disposición de los órganos del Estado sirve simultáneamente como mecanismo de limitación funcional del poder público.

³⁶ BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de Libertad”. Ob. cit. p. 216.

³⁷ LÓPEZ PINA, Antonio. “La Autonomía y los Derechos Fundamentales. Los Intereses Generales, Mandato Constitucional”. En: Teoría y Realidad Constitucional. N°20, 2007. Madrid.

El amplio ámbito de libertad individual configurado mediante los derechos fundamentales por la Constitución cobra expresión en el art. 2 inc.24 literal a), como derecho general de libertad y rúbrica de todos los derechos. Tal libre desarrollo de la personalidad comporta el derecho de cada individuo, al fin de la mejor realización personal, a hacer y dejar de hacer a voluntad a tenor de las propias capacidades. Los ámbitos especiales de la autonomía privada garantizados constitucionalmente son comprendidos por cada uno de los derechos fundamentales en concreto.

Ahora bien, desde el principio, autonomía privada significa más que la mera defensa frente a intervenciones del Estado limitadoras de los derechos individuales. La autonomía privada solo puede ejercerse si existe un orden jurídico del Estado que reconoce como vinculante lo contractualmente querido y hace posible que se lleve jurídicamente a la práctica. El tráfico jurídico privado no puede discurrir en un espacio no reglado por el Estado: el interés individual conlleva, así, de un lado, que el tráfico discurra libremente sin intervención estatal y, de otro, que una regulación pública haga posible el ejercicio de la libertad.

Adicionalmente, más allá de asegurar al individuo un ámbito de libertad frente al Estado, los derechos fundamentales garantizan al particular frente a terceros un derecho a protección por el Estado. Dotada de los derechos fundamentales como facultades subjetivas y amparadas por la obligación de protección a cargo del Estado, la autonomía privada aparece así como pieza estructural de un orden social en libertad.

Los derechos fundamentales delimitan la relación entre esfera privada y la esfera pública en un doble sentido: si aquellos limitan la intervención del Estado, el interés público justifica, a su vez, la limitación de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales no son así, garantizados sin límites. Más bien existen intereses generales que justifican, a su vez, la limitación de

aquellos por el Estado. En el bien entendido de que intereses privados e interés público no constituyen comportamientos estancos; son categorías para la búsqueda de un orden en el que la voluntad de cada uno sea conciliable con la voluntad de los demás bajo una ley general de libertad (Kant).

La interferencia o vulneración de la libertad individual, acontece cuando las decisiones o acciones de un individuo son controladas por otro, hasta el punto que tales acciones o decisiones no responden a los propios designios.

El menor de edad es una persona libre, autónoma, existen limitaciones al ejercicio de esta autonomía sin embargo, ello no significa que el menor de edad sea incapaz, el menor de edad es capaz, pero su capacidad es especial, progresiva.

Sin embargo no se puede negar que la atribución de autonomía a los niños, involucra esencialmente la muy compleja cuestión de determinar cuándo los menores están en condiciones físicas y mentales de ejercitar el grado de autonomía que la ley procura asegurarles. Una respuesta a esta cuestión está aún lejos de ser definitiva pero en el caso específico de las madres menores capaces de discernimiento que acuden a una defensoría requiriendo de sus servicios, considero que se evidencia la suficiente capacidad de representar el interés de sus menores hijos.

En efecto, bajo las circunstancias señaladas la concepción le otorga un estatus diferente a una menor, lo cual la distingue de sus coetáneas que aún no ha pasado por dicha experiencia, estatus reconocido por diferentes ciencias, y que el Derecho no puede ignorar. Una madre menor de edad, siempre que tenga discernimiento, no puede ser tratada como los demás menores de edad, por regla se le debe reconocer plena capacidad para ejercer la patria potestad a favor de su hijo, y por excepción, si se demuestra

que esto la perjudica a ella y/o a su hijo se le negará la posibilidad de ejercer el conjunto de derechos y deberes que comprende la patria potestad.

El reconocimiento de la capacidad de una madre menor para ejercer la patria potestad a favor de su hijo no se limita al ámbito judicial, donde están claros los mecanismos con los que cuenta el Juez para una decisión acertada a este respecto, sino que también comprende a todo funcionario o servidor público, incluso en el ámbito privado a donde acuda la madre menor de edad, así lo establece el interés superior del niño.

En el ámbito administrativo, la madre tiene la facultad de representar a su hijo, sobre todo cuando la finalidad de la institución administrativa es la protección de los menores de edad como ocurre con las Defensorías, por lo que haciendo una interpretación Convencional, toda Defensoría de los Niños debería atender a las madres menores capaces de discernimiento sin restricción alguna.

2.1.6. CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS MENORES DE EDAD

Como dijo el pedagogo JanuszKorczak, citado por Grosman, “es deplorable que el niño deba cargar el fardo de sus deberes del hombre del mañana sin darle los derechos del hombre de hoy”³⁸. Con respecto a la libertad de los menores de edad, es un derecho humano que le corresponde en tanto individuo, sin embargo es necesario saber cuál es el contenido de este derecho.

2.1.6.1. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, fue el primer tratado internacional que explicita la amplia gama de derechos civiles,

³⁸GROSMAN, Cecilia. “Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad”. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005, p. 47.

económicos, sociales y culturales que pertenecen a los niños. Las realidades que confronta la infancia pueden evaluarse en contraste con los compromisos a los cuales obliga a los Estados Partes.

La Convención, que es legalmente vinculante para los Estados Partes, detalla las normas y principios concernientes a la protección y promoción de los derechos de niños y niñas, en todas partes y en todo momento. La Convención hace hincapié en la complementariedad e interdependencia de los derechos fundamentales de los niños. A lo largo de sus 54 artículos y sus 2 Protocolos Facultativos, se establece una nueva visión del niño que combina el derecho a la protección del Estado, de los padres y madres y de las instituciones pertinentes con el reconocimiento de que el niño es poseedor de derechos y libertades. Todas las naciones del mundo, con excepción de tres –Somalia, Sudán del Sur y los Estados Unidos de América– han ratificado el documento. Esta amplia adopción demuestra una voluntad política común de proteger y garantizar los derechos de los niños.

Los valores de la Convención se derivan de la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 de Ginebra, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. La Convención aplica a todos los niños y niñas, definidos, por su art.1° como toda persona menor de 18 años o de la edad en que alcanza la mayoría, si ésta es menor. La Convención exige también, en su artículo 3°, que en todas las acciones que concierne a los niños, los mejores intereses del niño serán una consideración fundamental”, y que los Estados Partes “le garantizarán al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

El Perú la ratificó en 1990, comprometiéndose por tanto a adecuar su legislación; es así que se hizo necesario redactar un Código de los Niños y Adolescentes en el año 1992, posteriormente sustituido por lo que por mucho tiempo se denominó el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, aprobado

en el Congreso el 21 de julio del año 2000 mediante Ley N° 27337, promulgado el 2 de agosto del mismo año y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de agosto del mismo año, cuya modificación está en pleno debate al haberse aprobado en la Comisión de Justicia y derechos Humanos, el Anteproyecto de Ley presentado por la Comisión Especial Revisora de este Código, presidida por Juan Carlos Eguren, y cuyo principal aporte es el reconocimiento de la ciudadanía de los menores desde su nacimiento, su capacidad especial y el derecho de acceso a los servicios de orientación sexual y reproductiva para los menores desde los 14 años de edad.

Como mecanismo de cumplimiento de la Convención el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de sus órganos, se nutre y se complementa mutuamente con el Sistema Universal de Derechos Humanos, en lo que concierne al desarrollo de estándares internacionales de derechos humanos. Así, en lo que concierne a la materia de niñez, es posible constatar que la interacción entre el sistema Interamericano y el Sistema Universal se ha dado fundamentalmente en el ámbito de desarrollo sustantivo, reconociendo y aplicando un corpus iuris de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que permite ejercer una influencia mutua; en el ámbito de la prueba, puesto que en el sistema americano cabe la posibilidad de presentar en el trámite de casos individuales como medio de prueba de una situación específica las observaciones finales emitidas por el Comité de Derechos del Niño respecto al país al cual se imputa responsabilidad internacional; y en el ámbito de monitoreo y evaluación de situaciones generales, ambos sistemas analizan y evalúan la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en los Estados respectivos.

De la misma forma la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una Relatoría sobre los Derechos de la Niñez la cual está a cargo de uno de los siete Comisionados designado por la propia Comisión

Interamericana de Derechos Humanos. En el período 2002-2003 fue relatora la ex comisionada Susana Villarán de la Puente.

El mandato principal de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez es la promoción de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes dentro de la jurisdicción de los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y por tanto trabajan en la sede de la Comisión a fin de dar cumplimiento a cada una de las funciones que se le han asignado en la promoción y la defensa de los derechos humanos.

A nivel interno, como señala la jurista Carmen Meza Ingar “Todas las cartas políticas del Perú han dado atención al concepto de “igualdad” pese a que los pobladores vivían en notoria desigualdad”³⁹. En efecto, durante la República se reconoció desde un inicio la garantía de una igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin embargo “hay habitantes que no ostentan el título de ciudadano”, entre ellos los esclavos, los indígenas, las mujeres y, hasta la actualidad, los menores de edad.

Situación que poco a poco fue cambiando, con la obtención de derechos de algunos sectores de la población, en 1948 se proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con gran influencia en la legislación nacional.

Según la autora citada “las décadas de los sesenta y setenta fueron de protección de derechos y después emergía la corriente defensora de los “sujetos” de derechos, es decir, se revisaban los conceptos paternalistas, para dar contenido al derecho político de todos los seres humanos, a la igualdad ante la ley y la igualdad ante la justicia”⁴⁰.

³⁹MEZA INGAR, Carmen. “Los Derechos de los Niños en la República”. En: “Reflexiones de Fin de Siglo”. Exigráfica E.I.R.L. Lima, 1999.

⁴⁰Ibid.

La Constitución de 1979 significó elevar a rango constitucional los Derechos Humanos y con ello el pleno respeto de todos los peruanos, en base a la dignidad de cada uno.

Nuestra Constitución de 1993, además de reconocer todos los derechos humanos a todas las personas, sin discriminación de edad, por lo que los menores son titulares de los derechos fundamentales, reconoce una protección especial a favor del menor en el artículo 4° de la Constitución: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”. Lo cual es concordante con el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, el cual establece que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con ese fin, la consideración fundamental a que se atenderá será al interés superior del niño”. Con lo cual existe una doble protección a favor del menor.

Con respecto a la protección al menor contenida en el artículo 4° de nuestra Constitución, Marcial Rubio Correa encuentra que esta norma tiene su antecedente en el artículo 52° de la Constitución de 1933 que establecía: “Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados”.

Igualmente el artículo 8° de la Constitución de 1979 establecía: “El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral”.

Según Marcial Rubio, respecto al artículo 4° de la Constitución de 1993 “La protección que se exige es especial en el caso del niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono. No queriendo decir en absoluto que si no lo están, no requieren la protección normal que dichas personas deben esperar en situaciones también cotidianas y que corresponden a un trato deferente de humano a humano”⁴¹.

Comentando este artículo, Alex Plácido sostiene que “los niños, adolescentes, madres y ancianos poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica, objetiva y razonablemente, el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos derivados de tales condiciones”⁴².

“De esta forma los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Los niños gozan de una supra protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general”⁴³.

⁴¹ RUBIO CORREA, Marcial. “Estudios de la Constitución Política de 1993”. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999. Pp. 17.

⁴² PLÁCIDO VICACHAGUA, Alex F. Protección del niño, la madre, anciano y de la familia. Promoción del matrimonio. En: “La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo”. T1. 1° edic. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2006. Pp. 370.

⁴³ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Ob. Cit. Pp. 77.

Finalmente el Código de los Niños y Adolescentes que en el artículo II de su Título Preliminar establece que: “El niño y adolescente son sujeto de derechos, libertades y de protección específica. Deben de cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”.

Sin embargo, a decir de la doctora Carmen Meza Ingar a pesar de todos estos avances podemos advertir que continúan habiendo casos de discriminación mediante el derecho, uno de esos casos es la mala aplicación del artículo 43 inc. 1.

2.1.6.2. La Intervención del Estado en las Relaciones Familiares

La familia ha sufrido un proceso de privatización y sus integrantes día a día reasumen en mayor medida su independencia para organizar y determinar el contenido de sus relaciones. Como regla general el Estado no debe inmiscuirse en esta esfera íntima del individuo, según el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el cuidado y educación del niño, los padres son los primeros encargados de defender los intereses de sus hijos, ya que se considera que están mejor ubicados para garantizar su salud psicofísica y para saber qué es lo que más los beneficia.

Se presume que los padres se relacionan con el niño en términos de amor y altruismo. Se presume que el vínculo de filiación engendra un afecto y una responsabilidad merced a los cuales los progenitores, en su actuación, siempre buscarán el mejor interés del niño. El Estado juega un rol subsidiario en la vida familiar y en la socialización de los hijos; toda acción que invada esta esfera es vista como una amenaza a la diversidad social y a las libertades individuales.

2.1.6.3. Medidas Paternalistas justificadas aplicadas a los menores de edad

Existe unanimidad a nivel doctrinal en que las medidas paternalistas se justifican cuando buscan proteger a los menores de edad, quienes necesitan ser guiados por una voluntad distinta a la suya en muchos de sus actos, sin embargo esto no quiere decir que se desconozca la autonomía de los menores, puesto que también cuando se trata de niños las medidas que se pretendan imponerles tienen que estar justificadas tanto cuando es el Estado el que directamente restringe su libertad, como cuando se trata de sus maestros o sus propios padres cuyas órdenes o imposiciones pueden convertirse en arbitrarias por pertenecer al perfeccionismo o moralismo legal.

De esta forma el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia N° 032-2010-AI establece que “los niños y, en general, los incapaces absolutos en los términos del artículo 43° del Código Civil, son personas en relación con los cuales pueden adoptarse determinadas medidas paternalistas”. Si bien es cierto el tribunal continúa utilizando el término “incapaces absolutos”⁴⁴ con el que no estamos de acuerdo, el hecho de que señale la posibilidad de adoptarse sólo “determinadas medidas paternalistas” nos lleva a entender que se reconoce la autonomía para la realización de todas los demás actos que no necesiten de las medidas señaladas.

En el derecho comparado encontramos interesantes sentencias que ponen en cuestión el grado de paternalismo que se puede ejercer sobre un menor, incluso por parte de sus propios familiares. Se puede citar, para ilustrar el asunto, la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional español.

Sentencia muy estudiada y discutida, porque se había impuesto una sanción de carácter penal a los padres de un menor de edad de 13 años, todos ellos Testigos de Jehová, que murió tras negarse a que le fuera practicada una

⁴⁴ STC N°032-2010-AI. Fundamento 56.

transfusión de sangre, necesaria para salvar su vida. El Tribunal Supremo de España había condenado a los padres por un delito de omisión de los deberes derivados de la paternidad. Los recurrentes en la acción de amparo que promovieron ante el Tribunal Constitucional adujeron que actuaron conforme a sus convicciones religiosas, y que nunca se opusieron explícitamente a la transfusión de sangre, sino que simplemente no la secundaron de manera activa frente a su hijo, el cual además había expresamente manifestado su rechazo a la misma debido a que conculcaban sus creencias religiosas. El Tribunal Constitucional concedió el amparo al entender que el menor había hecho uso de su libertad religiosa al oponerse a la transfusión, y que los padres no se habían pronunciado en contra de la misma sino que habían guardado reserva.

Ana Valero una de las comentaristas de esta sentencia no está de acuerdo en que se ponga en el mismo nivel un concepto como “el grado de madurez del menor” (palanca sobre la que el Tribunal Constitucional español se apoya para reconocer validez a su oposición a la transfusión) con el mucho más preponderante de su derecho a la vida, cuya protección tenían encomendada no solamente los padres sino también el Estado⁴⁵. Cabe al menos cuestionable, afirma Valero, hasta qué punto deja de ser “superior” el interés del menor al hacerlo depender de su propia madurez.

Lo que concluye el Tribunal Constitucional español es que los padres no podían haber sido obligados a actuar enérgica y positivamente para persuadir a su hijo de la conveniencia de la transfusión, porque ello hubiera ido en contra de su derecho de libertad religiosa. La amenaza penal, en este caso, no cumplía con el requisito de proporcionalidad que debe acreditar cualquier restricción de un derecho fundamental, y por tanto procedía anular la condena que había impuesto el Tribunal Supremo a los padres.

⁴⁵ VALERO HEREDIA, Ana. “Constitución, libertad religiosa y minoría de edad”. Universitat de València. Valencia, 2004, p. 86.

Contemporáneamente continúa la discusión de la autonomía de los menores, sobre todo la posibilidad de que la voluntad de los menores se oponga a la voluntad de sus padres, de sus maestros, de los médicos, etc.

En Inglaterra el caso de Hannah Jones, la niña inglesa de Marden, que enferma de leucemia decidió no someterse a más tratamientos, para morir en su casa y no afrontar un arriesgado trasplante de corazón, abrió un debate a nivel de toda Europa que no se centró sólo en el papel de los padres y su competencia a nivel de toma de decisiones, sino el grado de autonomía de una niña de 13 años para una decisión de esta naturaleza⁴⁶.

En el derecho inglés, el acta sobre Derecho de Familia sitúa la madurez del menor, o la mayoría médica, en los 16 años. De ahí que, por regla general, sea válido el consentimiento otorgado por los mayores de 16 años sin necesidad de que además consientan los padres. Sin embargo, en los casos de cirugía mayor o de intervenciones de alto riesgo, se aconseja informar a los padres, salvo que el paciente no lo autorice. En los menores de 16 años se atiende, también a los distintos tratamientos, con la regla general de que el menor debe ser informado y consentir si es capaz de comprender la finalidad, la naturaleza y la intervención.

En el Informe explicativo del Convenio de Oviedo (Convención del Concejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito el día 4 de abril de 1997) se afronta esta cuestión. De un lado, por lo que se refiere a los menores, se entiende que la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final, cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. En consecuencia, en algunas ocasiones, el consentimiento del menor es necesario o, al menos, suficiente.

⁴⁶ DE LORENZO, Ricardo. "El menor maduro y las decisiones en vida". En: Redacción Médica. Núm. 887. Año IV. 13 de Noviembre de 2008.

Por lo que no toda medida paternalista que restrinja la libertad de los menores de por sí es legítima, se debe analizar el grado de restricción y el grado de protección de los derechos de los afectados, si el grado de restricción es elevado y la protección del derecho es baja o nula, la medida paternalista será arbitraria y por lo tanto ilegítima.

En Argentina, al momento de discutir el régimen de visitas, ha habido casos en los que el propio hijo se ha negado a tener trato con el padre. Se ha juzgado que en este supuesto vulnera el interés del niño o del adolescente exigirle una comunicación por vía de imposiciones forzadas, pues la relación entre padres e hijos debe basarse en el afecto y en el respeto mutuo, que no pueden ser sustituidos por la fuerza de la ley⁴⁷. Con lo que vemos que la autonomía personal, la libertad de decidir, ha sido evaluada como un elemento importante para la formación del niño o del adolescente.

En el caso de la atención de las madres menores de edad en el servicio de defensorías, en muchas de ellas se restringe la libertad de la madre menor de edad, desconociendo su capacidad de participar en los servicios que la defensoría brinda en representación de sus hijos, buscando protegerlas. Sin embargo en este caso se puede advertir que el grado de restricción es elevado, puesto que se está desconociendo la autonomía de la madre menor de edad de tomar decisiones en favor de su hijo, por el temor de que, por su edad, no pueda tomar una decisión acertada. El grado de restricción es elevado pero con estas medidas no se protege ningún derecho, mas por el contrario, al desconocer a la madre menor de edad como representante legal de su hijo se le está negando el acceso a esta madre prematura y a su hijo a los servicios que las Defensorías están obligadas a ofrecer a todos los usuarios sin distinción.

⁴⁷Fallo CNCiv., Sala E, 20/2/89, "ED" citado por GROSMAN, Cecilia. "Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad". Ob. Cit. p. 61.

2.1.6.4. El menor como sujeto de derechos

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en 1989, marcó un hito fundamental en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas al cambiar la concepción que identificaba al niño como objeto de protección a una concepción que reconoce al niño y la niña como sujeto de derechos humanos.

El principio del menor como sujeto de derechos, reconoce al niño, niña y adolescente derechos como a todo ciudadano desde su nacimiento. “Los derechos del niño derivan de su condición de persona”⁴⁸.

Según el Instituto Interamericano del Niño (INN), el enfoque de derechos para la infancia entiende que, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países, no define a los niños y adolescentes por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño/a se lo considera a partir de sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad, y por ende como titular de derechos.

“Entre los mayores aportes de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el considerar al niño una persona en un período especial de su vida, en el que está en juego el desarrollo de sus potencialidades, por lo que es un sujeto de derechos especialísimo, dotado de una protección complementaria, pues se deben agregar nuevas garantías por sobre las que corresponden a todas las personas, reconociendo su calidad de ser en desarrollo y por ende a potenciar y proteger por la familia, la sociedad y el Estado. En esta perspectiva es fundamental asumir que cualquier injerencia indebida en sus derechos, afectará su vida actual, pero también marcará sus futuras

⁴⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. “Infancia, Ley y Democracia. T I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004. Pp. 77.

posibilidades”⁴⁹.

Es así que con la Convención sobre los Derechos del Niño se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetivos pasivos de la intervención “proteccionista” o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre niños, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y menores, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraba por lo tanto, en una situación irregular. Para este segundo grupo, el problema vinculado con su condición de menores, y la figura del juez tutelar sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño.

La Convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino.

2.1.6.5. El interés superior del niño

El interés superior del niño es el parámetro, alma de la acción institucional en el territorio de los menores de edad, atraviesa todas las instituciones que involucren a la infancia y fundamento obligado en los pronunciamientos que se relaciones con la persona del niño.

Entendiendo principio, desde la postura de Ronald Dworkin⁵⁰, como aquello que se imponen a las autoridades, esto es son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidas principalmente hacia ellos, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una precisión de carácter imperativo hacia las autoridades. De tal

⁴⁹ Prototipo base Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia (SNIA). INN. Principios del SNIA. Pp.10

⁵⁰ Ronald Dworkin, Los Derechos en Serio. Trad. Marta Guastavino. Editorial Ariel. Madrid, 1997. Pp.72.

forma que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

De esta manera, la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que los derechos del niño no pueden quedar limitados ni desmedrados por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Otro de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos o judicial, extendiéndolos hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Aspecto de suma importancia para la presente investigación, puesto que, el Servicio de Defensorías, como servicio público, en observancia, del principio superior del niño, no podría desatender al hijo de la madre aun así esta fuera menor de edad, con el fundamento de que por su edad no pueda representarlo.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, ha señalado que el Interés Superior del Niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía”.

Con lo cual, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero a su vez, quien pretende fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño deberá regirse por la

interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

Es por ello que el interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, relacionado al principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y calidad o “nivel de vida adecuado”. (art. 27.1 de la Convención).

Sobre el mismo, el Instituto Interamericano del Niño sostiene que “Este principio debe concebirse, necesariamente, como la satisfacción de los derechos fundamentales del niño/a, y nunca se puede aducir un interés de otro tipo como superior a la vigencia efectiva de estos derechos”.

Como los niños son parte de la humanidad, y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, la Convención propone este principio como un modo de “arbitrar” los eventuales conflictos que podrían producirse en el ejercicio de los derechos, tanto en el ámbito de los derechos y libertades básicas, como en el de los derechos económicos sociales y culturales.

“La supremacía del interés superior del niño/a por sobre cualquier otro interés, deberá impactar directamente en las reformas legislativas que deberán hacerse para adecuar marcos jurídicos y normativos a los contenidos de la Convención; así como en el tipo, calidad y oportunidad de las prestaciones sociales a disposición de la infancia y, también, en la prioridad que deben tener los recursos públicos para servicios dirigidos a los niños, niñas y adolescentes”⁵¹.

⁵¹ Prototipo base Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia (SNIA). INN. Principios del SNIA. Pag. 10

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes nacional, en su artículo IX del Título Preliminar, establece que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto de sus derechos”.

Detrás de la valoración circunstanciada de cuál es el interés superior subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia. Vislumbramos aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales. La pauta, pues, es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e, incluso, regionales. Por ejemplo, en el pasado el interés del niño ha servido para justificar los castigos corporales y la detención de menores en las condiciones más inhumanas, para “enderezarlo” y “encarrilarlo en el bien”. Según Cecilia Grosman “en nuestra época colonial, en aras del bien del hijo, el padre podía solicitar a la justicia, en virtud de su poder de corrección, su reclusión por desobediencia, por una inclinación torcida o extraviada, por ser incorregible o por tener perversa inclinación. El Juez condenaba al hijo inaudita parte y lo enviaba, generalmente, por cuatro o cinco años, a las cárceles de Montevideo o de Malvinas”⁵².

Hoy se rechazan estas prácticas, violatorias de los derechos fundamentales de la niñez. Sin embargo opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indiscutible y beneficia al niño ejercer la violencia como un instrumento educativo.

⁵² GROSMA, Cecilia. “El Interés Superior del Niño”. En: Los Derechos del Niños. Discurso y Realidad. Ob. Cit., p. 26.

Para autoras como Cecilia Grosman el interés superior del niño forma parte de las llamadas nociones marco, puesto que “con su introducción, se deja en manos del juzgador o funcionario tomar la decisión de acuerdo con la información que surge del caso concreto, o sea, conforme a las circunstancias del hecho, de lugar y de tiempo”⁵³. Para esta autora “el propósito es ofrecer un espacio abierto y flexible al Juez o funcionario público y legitimar la autoridad de la decisión judicial o administrativa, así la noción abandona su lugar de pura fórmula y deviene en riqueza existencial”⁵⁴, sin embargo, no estamos de acuerdo con esta postura, ya que este principio, por el contrario, busca limitar la discrecionalidad del funcionario, y someterlo a los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que están vinculados.

2.1.6.6. La voz del menor en conexión con el interés superior

El derecho del niño a ser oído se asocia, precisamente, con la determinación de cuál es su mejor interés. El derecho a la palabra constituye una etapa decisiva en la historia de la infancia. Escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona. Cuando a nivel judicial, administrativo o privado se quiere evaluar cuál es la decisión que mejor lo favorece, indudablemente, uno de los elementos esenciales para dicha valoración es conocer al niño, su personalidad, sus necesidades, sus inclinaciones o dificultades.

2.1.6.7. Autonomía progresiva o evolutiva de los menores de edad

La doctrina de la Protección Integral, contenida en la Convención de los Derechos del Niño, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho con libertades y deberes que deben ser respetados y garantizados, abandonando con ello la concepción de los menores de edad

⁵³Idem.

⁵⁴Idem.

como seres incapaces y como ciudadanos potenciales. Al respecto, la Convención de los Derechos del Niño estableció en su artículo 5°:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Esta disposición nos brinda la noción de capacidad evolutiva de los niños y adolescentes, la cual supone que en esta etapa se les deberá reconocer el ejercicio progresivo de sus derechos y libertades. En suma, de lo que se trata es de “concebir a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos con facultades para tomar decisiones respecto de su propia vida, y asumir responsabilidades, con capacidad jurídica para autodeterminarse, actuar en el mundo del derecho y realizar actos jurídicos válidos aunque de manera progresiva de acuerdo a su desarrollo evolutivo y bajo la debida orientación de las personas encargadas de su crianza”⁵⁵.

De esta forma, cuando se trata del ejercicio de los derechos personalísimos, el niño, alcanzado un cierto grado de madurez, o sea, adquirida la capacidad para regular sus preferencias, con comprensión de las consecuencias, no sólo debe ser escuchado sino que es necesario que otorgue su consentimiento informado. Esta elección representa hacerse cargo de su propio interés. En uno de los extremos, el niño, al opinar, asiente el acto de otro. En el otro, elige por comprensión y razonamiento, basado en la plena información y en el conocimiento de los riesgos.

⁵⁵CORNIELES PERRET, Cristóbal y Morais, María G. (Coordinadores). “Quinto año de vigencia de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente”. Centro de Investigaciones de la Universidad Andrés Bello. Caracas, 2006.

En la legislación nacional encontramos un avance significativo en el reconocimiento de la autonomía progresiva del menor en la nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada mediante Ley 29497, en cuyo artículo 8.1. establece que los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal a un proceso laboral, en el caso de que un menor de catorce años comparezca al proceso sin representante legal, el juez pone la demanda en conocimiento del Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. La falta de comparecencia del Ministerio Público no interfiere en el avance del proceso.

Igualmente la legitimación activa en el Proceso Constitucional del Hábeas Corpus regulada por el artículo 26° del Código Procesal Constitucional se extiende a los menores de edad por mandato del Código de los Niños y Adolescentes que literalmente señala “El adolescente puede impugnar la orden que lo ha privado de su libertad y ejercer la acción de Hábeas Corpus ante el Juez especializado”, para Carlos Mesía “El vocablo adolescente no debe interpretarse de modo restrictivo, en su sentido biológico como el estado psicofísico de la persona que se inicia entre los 12 o 13 años y se extiende hasta la mayoría de edad. A la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, la expresión “adolescente” del Código de los Niños y Adolescentes debe entenderse como sinónimo de niño, tal como se define en el artículo 1° de la mencionada Convención según la cual se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵⁶.

⁵⁶MESÍA, Carlos. “Exégesis del Código Procesal Constitucional”. Editorial Gaceta Jurídica. 2° edición. Lima, 2005, p. 273.

2.2. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

No existen investigaciones sobre el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en el sistema de Defensorías, sin embargo, sí existen investigaciones sobre el acceso de padres y madres adolescentes a la plenitud de derechos de la institución familiar, la regulación por el Código Civil de 1936 del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad y sobre el acceso a los servicios públicos por los hijos de las madres menores de edad.

A. Investigación sobre el acceso de padres y madres adolescentes a la plenitud de derechos de la institución familiar

- MEZA INGAR, Carmen. “Ideas para un Código de Familia”. CONCYTEC. Lima, 1990.

En este trabajo la autora propone una sistematización de la legislación de familia, mediante una Codificación. Para ello además de entrevistar a profesionales y magistrados sobre los vacíos de la legislación peruana, encuestó a 300 padres de familia sobre sus opiniones acerca de dos temas:

- La edad mínima del matrimonio
- El derecho al nombre

La autora señala el vacío que existe en la regulación de la protección de las menores en estado de abandono que tienen más de 14 años.

De la misma forma advierte que “la familia peruana no está constituida únicamente por un modelo social”. Existiendo “jefes de familia hombres, a veces mujeres, otros menores de edad y aún niños que asumen la responsabilidad de sus hermanitos (...)”.

Sobre la prohibición de los impúberes de contraer matrimonio salvo dispensa judicial por motivos graves, opina que sobre los impúberes hay distintas opiniones referidas a la edad en la que se da la pubertad.

Nos otorga estadísticas de 1987, cuando se verificaron 33 casos de madres entre 11 y 14 años en la Maternidad de Lima y se pregunta ¿Cuántas más serían en otros centros asistenciales? ¿Y en todo el Perú? Es verdad que muchas de ellas se encuentran en dificultad. Pero también algunas de ellas son precoces, tienen su pareja casi tan joven como ellas, viven en comunidades, otros fundando su familia de hecho y algunos quisieran casarse para fortalecer su unión.

Canillitas, vendedores ambulantes, lustradores de calzados son jóvenes padres y madres ¿Se le debe negar el derecho a incorporarse con el apoyo de la ley a la vida adulta?

Propone un Código de Familia en cuyo artículo 19 se establezca: No pueden contraer matrimonio: 1. Los impúberes. El juez puede dispensar este impedimento a los padres, siempre que el varón tenga catorce años cumplidos y la mujer doce. (...).

En el artículo 279: Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos que le favorecen, como contraer matrimonio o reconocer a sus hijos. (...)

B. Tesis que abordan el tema del ejercicio de la Patria Potestad por madres menores de edad en el Código Civil de 1936

- Saravia Sandoval, Nicolás H. "Algunas Consideraciones sobre la patria potestad. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1963.

Este autor se refiere a la capacidad de los menores de edad regulada por el Código de 1936, la cual reconoce la existencia de situaciones o estados intermedios a través de los cuales el menor va adquiriendo, progresivamente y a medida que su edad avanza, determinadas facultades.

Con respecto a los hijos ilegítimos que no hubiesen sido reconocidos voluntariamente por el padre, o sea, aquellos que el padre no reconoció nunca o que debieron ser demandados y vencidos para asumir la condición legal de tal, el artículo 395 del Código Civil de 1936 determina que la patria potestad corresponde a la madre aunque ésta sea menor de edad.

El autor advierte que según el artículo 8 del Código referido, son personas capaces de ejercer los derechos civiles las que han cumplido 21 años y según los artículos 11 y 12 el cese de la incapacidad o la posibilidad de que los menores puedan practicar algunos actos civiles, están determinados por la ley.

Por lo cual, el autor concluye que el hecho mismo de la maternidad ilegítima, cuando el padre no ha reconocido voluntariamente al hijo, otorga capacidad civil a la mujer menor de edad, aunque su caso no haya sido expresamente comprendido en la ley. De esta manera, la maternidad extrae a la menor, en las circunstancias referidas, de la patria potestad o de la tutela a cuyo amparo se hallaba y le permite asumir la función guardadora y protectora de su propio hijo.

- Cornejo Marquez, César Manuel. "La Patria Potestad en la Legislación Nacional". Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1968.

- Bonilla Palacios, Eleazar Alejandro. “La Patria Potestad en Nuestra Legislación y en la Legislación Comparada”. Tesis para optar el título de Bachiller en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1965.
- Garreta Gaspard, Carmen Renee. “La Patria Potestad en nuestra legislación y en la legislación comparada”. Tesis para optar el Grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1962.

La legislación que estudian estas investigaciones son: La Constitución de 1933, el Código Civil de 1984, el Código de Menores de 1962 y la Ley 13906 Ley de Abandono de Familia.

Con respecto al artículo 395 del Código Civil de 1936, los autores coinciden en el reconocimiento de la capacidad para ejercer la patria potestad por madres menores de hijos ilegítimos, puesto que entre los actos que los menores pueden desempeñar por sí solos, sin la intervención del padre, por ser manifestaciones de derechos personalísimos, se encontraría el ejercicio de la patria potestad de hijos ilegítimos que no hayan sido reconocidos por el padre. De la misma forma dan cuenta de la existencia, desde esas épocas, de instituciones administrativas destinadas a la defensa de los derechos de los menores de edad.

De esta forma encontramos que el antecedente del artículo 421° del Código Civil de 1984, el cual permite a la madre menor de edad ejercer las facultades que comprende la patria potestad, es el artículo 395° del Código Civil de 1936 que establece: “La patria potestad sobre los hijos ilegítimos no reconocidos voluntariamente por el padre corresponde a la madre, aunque ésta sea menor de edad”. De esta forma la madre menor de edad de un hijo ilegítimo ejercía la titularidad de los derechos y deberes que comprendían la patria potestad.

Esto a raíz de la gran diferencia que existía entre los regímenes de la filiación legítima con la ilegítima. Entre los fundamentos de estas diferencias se hacía referencia a que si un hijo nacía fuera del matrimonio existía la certeza sobre quién era la madre, mas no así sobre quién era el padre. Por lo que si el padre no reconocía voluntariamente al menor, éste quedaba bajo la patria potestad de la madre aun así ésta no haya llegado a la mayoría de edad.

Diferencias que fueron heredadas del Código Civil de 1852 que en su artículo 286 establece: “La patria potestad que corresponde a la madre se extiende sobre todos sus hijos ilegítimos”. Sin embargo el código de 1852 no hace referencia a la patria potestad sobre los hijos de la madre menor de edad.

C. Tesis que abordan el tema del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios públicos

- DAMIAN, Diego. “Factores familiares y Reproductivos asociados al embarazo reincidente en adolescentes. Instituto Nacional Materno Perinatal – 2008”. Tesis para optar la Licenciatura en Obstetricia. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2009.
- CONTRERAS MARTÍNEZ, Carmen Cecilia. “Características de la estructura familiar de madres adolescentes, cuyos hijos se encuentran en proceso de hospitalización en el Instituto de Salud del Niño”. Tesis para optar el Título de Psicología. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1998.
- SALAVERRY, Olga M. “Factores psicosociales asociados al embarazo adolescente”. Tesis para optar el Título de Psicología. Universidad Privada Ricardo Palma. Lima, 1993.

En estas investigaciones se hace referencia a la amplia población de madres que aún no han alcanzado la mayoría de edad y que incluso tienen más de

un hijo antes de los 18 años, llegando a formar, en algunos casos familias nucleares de padres menores de edad. Llegan a la conclusión que el cumplimiento del rol materno de estas adolescentes está determinado por diferentes factores entre ellos las características personales de la misma adolescente, lo cual, a su vez, está influenciado por las condiciones biológicas, psicológicas, económica y jurídica por el que está atravesando, además del entorno familiar. Por lo que la atención del Estado, brindándoles condiciones favorable pre y post parto y evitando ponerles trabas al acceso a los servicios que este grupo vulnerable requiera, contribuirán al desarrollo tanto de la madre adolescente, como de su menor hijo.

2.3. BASES TEÓRICAS

2.3.1. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO

En el ordenamiento peruano, la progenitora menor de edad tiene la titularidad de la patria potestad con respecto a sus hijos, aunque siga sujeta, a la vez, a la patria potestad de sus padres, algo impensable en la génesis de esta institución clásica del derecho civil, que ha sufrido muchos cambios.

En el derecho familiar moderno, el poder paterno o materno sólo representa el ejercicio de facultades destinadas a cumplir los deberes que la ley impone a los progenitores y que define la forma en que las prerrogativas serán utilizadas.

Como expresa Grosman “los derechos de los padres tienen carácter instrumental y están destinadas a satisfacer los intereses y derechos intrínsecos de los niños y adolescentes”⁵⁷.

⁵⁷ GROSMAN. Cecilia. “Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad”. Ob. Cit. p. 48.

De esta forma, tratándose de madres menores, mayores a los 14 años, es incuestionable que el ejercicio de la patria potestad no debe sufrir restricciones, si se trata del ejercicio de simples actos voluntarios, generalmente del ámbito doméstico de la autoridad de los padres, que abarca las facultades de guarda, cuidado, asistencia, educación del hijo. Lo que resulta discutible es el ejercicio de actos jurídicos con terceras personas para las que el hijo de la madre menor de edad, requiere de un representante.

Hoy en día se juzga que el Estado debe actuar para hacer efectivos los derechos del niño o del adolescente cuando detrás de un cuidado parental, aparentemente legítimo, se esconde un comportamiento represivo o cercenador originado en las particulares creencias o aspiraciones de los padres que debilitan o anulan el deseo o parecer del niño o del joven. No debe olvidarse que respetar la pauta del interés superior del niño en el ejercicio de la autoridad parental (art. 18.1 Convención sobre los Derechos del Niño) implica acordar al hijo la posibilidad de decidir y actuar en consonancia con la adquisición de sus diversas posibilidades. Cuando los padres o sus sustitutos truncan este proceso de aprendizaje se contraponen a su bienestar, que, en este aspecto, significa darle la posibilidad de crecer como parte de su desarrollo integral.

2.3.1.1. La Patria potestad

La patria potestad es una institución clásica del derecho civil, una de las más antiguas, sin embargo su contenido ha ido variando con el paso del tiempo a tal punto que la institución que hoy rige las relaciones paterno filiales dista mucho de aquella institución concebida en el Derecho Romano como potestad patriarcal absoluta sobre la mujer y los hijos, que llegó a nuestro ordenamiento como un modelo autoritario de vinculación personal a aceptar como límites los derechos fundamentales de las personas que ampara, de

basarse en la figura del pater familia a fundarse en la protección integral del niño.

Es así que la patria potestad entendida como un derecho inalienable de los padres a disponer de la vida de sus hijos ha sufrido cambios importantes, sobre todo desde la aparición en el campo normativo de los derechos humanos, recogidos por diversos tratados, entre ellos, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que obliga a redefinir el ámbito de las relaciones paterno filiales.

En efecto la concepción del niño como sujeto de derechos nos obliga a evaluar en forma progresiva el ejercicio autónomo de los derechos por parte de los jóvenes, acotándose en la misma medida, la injerencia de los padres en tales actos.

El Código Civil vigente, ha establecido en su artículo 418° que “Por patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”

De esta forma, podemos definir a la patria potestad como la capacidad legal que asiste a ambos padres para velar por la salud, educación, bienestar, moral, residencia, mantenimiento y respeto de los hijos.

Determinada la filiación, la titularidad de la patria potestad corresponde, en principio, a ambos padres. Como consecuencia de esa determinación, se atribuye a los padres el conjunto de los derechos y deberes, que es el contenido de la patria potestad.

De esta forma si bien se garantizan a los padres la libertad educativa y la libertad religiosa en el ejercicio de la autoridad parental, los progenitores no pueden actuar libremente cuando sus acciones impliquen una amenaza al bienestar del niño. Los derechos de los padres extensos y respetables, que

van desde la elección del nombre hasta las decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado.

Naturalmente hay que tener presente que la actuación del Estado en defensa del interés del niño puede ser positiva o bien tener efectos negativos. Asume formas beneficiosas cuando, con una visión preventiva, presta apoyo y asistencia a la familia para que pueda cumplir su función de crianza y educación de los hijos, asistencia que no sólo debe limitarse al aspecto económico, sino que comprende la orientación, educación e, incluso, la acción terapéutica. Satisface también el interés del niño o del adolescente cuando lo preserva de las acciones abusivas de sus padres o sustitutos; en cambio, su actuación se convierte en intrusiva si en razón de la extrema pobreza o marginalidad de los padres se aparta al niño de su familia; en este caso, la intervención del Estado en vez de favorecer el bienestar del hijo puede perjudicarlo, pues se lo separa de su medio, el que aunque deficiente, le permite conservar los afectos. Como dice Jelin, en cada circunstancia histórica, las políticas públicas deberán transitar, como por una cornisa, el incierto y nada equilibrado camino de la tensión entre lo público y lo privado⁵⁸.

En realidad, más que de intervención debería hablarse de políticas adecuadas o inadecuadas, de acciones estatales desafortunadas o protectoras.

Por otro lado, el ejercicio de la patria potestad es la facultad de actuar concretamente en virtud de esos derechos-deberes, y que corresponde en unos casos a uno u otro o a ambos padres. De manera que puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la patria potestad, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio: por

⁵⁸JELIN, Elizabeth. "Las familias en América Latina". En: Familia Siglo XXI, Isis Internacional Ediciones de las Mujeres N° 20. Santiago de Chile, 1994, p. 97.

ejemplo, en el caso que hallándose separados los padres, el ejercicio lo detenta la madre con quien convive el menor.

Según Alex Plácido Vicachagua “Es la Convención sobre los Derechos del Niño la que resalta la función tuitiva de la patria potestad al indicar que se ejerce en beneficio de los hijos: el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos, impone a aquellos que la preocupación fundamental es el interés superior del niño (artículo 18, numeral 1). Por ello, se postula que en el ejercicio conjunto de la patria potestad, ambos padres atiendan al interés de los hijos”⁵⁹.

El interés del hijo como fin de la potestad paterna preside las relaciones personales como las patrimoniales y es el fundamento, en alguna medida, de la propuesta para la supresión del usufructo paterno⁶⁰.

La patria potestad está conformada por un complejo de obligaciones de tracto sucesivo, de manera tal que las relaciones entre padres e hijos son numerosas y de diversa índole, pudiéndolas clasificar, según el doctor Varsi Rospigliosi⁶¹, en:

- Guarda: La guarda se traduce en el hecho de vivir en familia prestando la atención al desarrollo de los hijos; en este sentido el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar y es un deber derecho de los padres tener a sus hijos consigo.
- Tenencia: Es la facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo.

⁵⁹Plácido Vilcachagua, Alex. La Patria Potestad. En: “El Código Civil Comentado por los 100 mejores juristas”. T III 2º parte. Editorial Gaceta Jurídica. Pp. 90.

⁶⁰Ibid.

⁶¹VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Edit. Grijley. Lima, 2004. Pp. 258

- Régimen de Visitas: Es el derecho que permite el contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, permitiendo el desarrollo afectivo, emocional y físico, así como la consolidación paterno filial. Varsi Rospigliosi prefiere el término “régimen de comunicación y visita”.
- La educación: La educación es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena a la sociedad.
- La corrección: Es deber de hijos respetar, obedecer y honrar a sus padres, es un deber de orden ético y moral y también legal.
- La asistencia: También es conocida como sostenimiento y, como tal, es recíproca, siendo de padres a hijos y de hijos a padres. En su sentido genérico, implica el cuidado, el resguardo y la atención de la persona y los bienes del asistido. En su sentido especial, la asistencia se ha vinculado con la institución de los alimentos.
- Representación de los Hijos: Por regla general, y como atributo propio de la patria potestad, los titulares de la misma (es decir, los padres) reemplazan al hijo en los actos que éste no puede realizar por su falta de capacidad.

2.3.1.2. Ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento

La regulación sobre la patria potestad de madres menores de edad tiene su antecedente en el artículo 395° del Código Civil de 1936 que establece “La patria potestad sobre los hijos legítimos no reconocidos voluntariamente por el padre corresponden a la madre, aunque ésta sea menor de edad...”.

En el Código Civil actual está regulado por el artículo 421° que establece: “La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido.

Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad”.

Con respecto al último párrafo, el Doctor Héctor Cornejo Chávez señala que recoge literalmente la fórmula propuesta por él, como ponente del Libro de Familia de la Comisión Reformadora que preparó el Código Civil vigente. Dicha norma en concordancia con el artículo 393 que establecía que las personas capaces de discernimiento y que tengan por lo menos 16 años cumplidos pueden reconocer al hijo extramatrimonial, daba a entender que las madres menores capaces de discernimiento que hayan cumplido 16 años de edad podrían ejercer la patria potestad.

Según Cornejo Chávez en el caso en el que la madre mayor de 16 años y menor de 18, carezca de un título oficial se debe evocar más a un fenómeno de la naturaleza humana que una decisión del legislador “el hecho mismo de la maternidad desarrolla en la mujer instintos de protección que ordinariamente se hacen notorios a una edad mayor y dinamizan su personal maduración al punto que la ley la considera sui generis (por lo cual no sólo

ejerce la potestad sobre su hijo, sino que ella misma sale de la que la sujetaba a sus propios padres”⁶².

El jurista peruano continúa fundamentando su postura “Fluye del supuesto en cuestión otra interrogante, a saber, por qué –admitiendo el principio de igualdad de sexos ante la ley-esa regla, que permite a la madre asumir la potestad aun siendo ella menor de edad, no se aplica al padre. Ello, en nuestro concepto no quiebra tal principio, sino que sólo atiende a una diferencia que también nace de la naturaleza antes que de la ley; y es que, acaso por el hecho de ser la mujer y no el varón quien gesta al hijo en sus entrañas y lo alumbra, su instinto de protección es generalmente más intenso que el del varón”⁶³.

En la actualidad el artículo 421 continúa tal como se aprobó en 1984, sin embargo, al modificarse el artículo 393 mediante la Ley 27201, con lo cual los menores pueden reconocer a sus hijos desde que tengan ya no 16 como en un inicio, sino desde que tengan 14 años de edad, se modifica el criterio que en un inicio tuvo el jurista peruano cuando impuso la edad de 16 años como la edad a partir de la cual la madre menor de edad podía no sólo reconocer a sus hijos sino, también, ejercer la patria potestad sobre ellos.

Sobre esta norma Alex Plácido opina que “en atención al carácter personalísimo de los derechos a reconocer a los hijos extramatrimoniales y a ejercer sobre ellos la patria potestad, nuestro sistema debe prever expresamente su ejercicio. En tal virtud, se postula que el menor ejerza la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres o

⁶²CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Tomo I. 5° edic. Librería Studium. Lima, 1985. Pp. 184.

⁶³Ibid.

responsables; y, en casos de desacuerdo o de imposibilidad, con la del juez de familia”⁶⁴.

La ya referida Ley N° 27201 -que admite el reconocimiento del hijo extramatrimonial por quien tenga por lo menos catorce años cumplidos-, al modificar el artículo 46 del Código Civil establece que tratándose de personas mayores de catorce años, cesa la incapacidad relativa de ejercicio, a partir del nacimiento de su hijo y solamente para realizar los siguientes actos: reconocer al hijo extramatrimonial, reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto, y demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Una lectura literal de esta norma más que promover la asunción de una paternidad o maternidad responsable por parte del menor progenitor, desconocería la propia organización del Código Civil que reconoce al menor capaz de discernimiento el ejercicio de sus derechos estrictamente personales, como es el caso de la patria potestad sobre sus hijos (artículo 455 del Código Civil), lo que concuerda con los principios de menor como sujeto de derechos y capacidad progresiva del menor contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, disposición concordante con el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes por el que se admite que el adolescente tiene capacidad de ejercicio para la realización de los actos civiles autorizados por la ley.

2.3.1.3. En el caso de las madres menores sin discernimiento. El Instituto de los Tutores Abuelos

La Ley N° 27201 al referirse a la edad de 14 años, evita pronunciarse sobre una realidad social insoslayable: las madres-niñas, las impúberes, aquellas menores de 14 años que efectivamente procrean a un hijo. La información

⁶⁴PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Manual de Derecho de Familia: novedoso método de estudio funcional del Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2001. Pp. 322.

del Ministerio de Salud registra partos de menores de entre 10 y 12 años de edad.

Frente a este caso el artículo 389 establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por sus abuelos o abuelas de la respectiva línea en el caso que éstos se hallen comprendidos en los artículos 43° inciso 2 (son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento).

Por lo que en el caso de madres menores sin discernimiento, son los abuelos los que reconocen al menor y son ellos quienes lo protegen ejerciendo la institución de la tutela, para algunos autores se trata de un doble ejercicio de la patria potestad, sobre su hija y sobre su nieto, o de una patria potestad subsidiaria o una extensión del ejercicio de la patria potestad; y que por su semejanza con el instituto de la patria potestad debería llamársela “autoridad de los abuelos” en lugar de tutela de los abuelos⁶⁵.

En efecto, no hay diferencias en el conjunto de derechos y deberes que en este caso se tiene como padre y abuelo, sin embargo, aun en estos casos se tienen que diferenciar ambas figuras, sobre todo por la necesidad de preservar la identidad del hijo de la menor.

En la práctica, numerosos padres-abuelos ejercen la autoridad que emana del artículo 389° del Código Civil de hecho, sin efectuar trámite alguno, sin embargo, en determinadas circunstancias, como ante un conflicto en el ejercicio de la patria potestad entre los integrantes de esta familia, ya sea entre ambos padres-abuelos por la tenencia de su hija madre menor de edad o en el caso de que ésta llegue obtener discernimiento o a la mayoría de edad y tome decisiones que diverjan de las de sus padres con respecto a su

⁶⁵ RASSO, Silvina M. “Obligación Alimentaria del Progenitor Menor de Edad”. En: Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos. GROSMAÑ, Cecilia. (Coord.). Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004, p. 269.

propio hijo; todo lo que hace necesario una regulación especial, para estos casos.

A falta de quien ejerza la tutela, ésta función es asumida por el Estado (art. 510 del Código Civil).

2.3.1.4. Ejercicio de la Patria Potestad por menores de edad en el Derecho Comparado

En España el menor de edad no emancipado puede ejercer la patria potestad con la asistencia de sus padres, hecho que está regulado en el artículo 157º del Código Civil español que establece: “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez”.

Según José Álvarez-Caperochipi: “el artículo 157 del Código Civil está regulando la actuación del padre menor cuando el otro progenitor es desconocido –se trata ordinariamente de una filiación extramatrimonial de una menor-, está separado del cónyuge o ambos cónyuges son menores, pero si el menor convive con su cónyuge mayor debe regir el efecto de la patria potestad compartida y en defecto de capacidad del cónyuge mayor con preferencia sobre los padres (arts. 324, 234 y 171 del Código Civil, que consagran la preferencia de la asistencia tutelar del cónyuge menor por su consorte mayor de edad respecto de los padres)”⁶⁶.

En Argentina, por el contrario, el menor no emancipado no puede ejercer la patria potestad, según el segundo párrafo del artículo 264 del Código Civil argentino: “Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no

⁶⁶ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José A. “Curso de Derecho de Familia. T. II Patria Potestad, Tutela y Alimentos. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1988. Pp. 49

emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad”.

A decir de Gustavo Bossert y Eduardo Zannoni “El artículo 264 prevé expresamente el caso de menores, que sin haberse casado –y por tanto, sin emanciparse-, tuviesen un hijo. Para ese supuesto, la norma da por sentado que el progenitor que es menor de edad no emancipado, no tiene el ejercicio de la patria potestad en cuanto implique tomar decisiones de trascendencia jurídica, es decir, la representación del menor tanto en negocios como en acciones judiciales.

De tal manera, el artículo 264 resuelve a quién debe designarse tutor del hijo de estos menores, colocándose en el supuesto de que éstos no convivan; en tal caso, se prefiere, para la designación de tutor, al progenitor que ejerza la patria potestad sobre el padre o madre menor que tiene al hijo bajo su amparo o cuidado”⁶⁷.

Es decir que, si los padres menores no emancipados viven solos, cualquiera de los abuelos podría ser designado tutor.

Regulación con la que se muestra crítica Cecilia Grossman para quien :”Lo que nos cuestionamos es si no es hora de pensar en soluciones diferentes pues, si estos menores contrajeran matrimonio, gozarían del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, mientras que si se mantienen en la unión de hecho les está vedado asumir los deberes que emergen de la

⁶⁷BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI Eduardo A. “Manual de Derecho de Familia”. 6° edic. Edit. Astrea. Buenos Aires, 2004. Pp. 566.

responsabilidad parental, y creemos que el requisito para acceder a ella es la madurez y no el matrimonio”⁶⁸.

De la misma opinión es otra jurista argentina, Marta Polakiewicz, para quien “cuando la paternidad o maternidad se producen dentro del matrimonio, como el matrimonio emancipa, el padre o la madre casados son capaces para ser padres o madres plenamente. Si por el contrario son solteros, se les considera incapaces para el ejercicio de la patria potestad, salvo en lo relativo a cuestiones domésticas. Ésta discriminación es hoy inaceptable, porque el matrimonio no es un indicador de capacidad para el ejercicio de la paternidad o maternidad. No resulta sustentable que una joven que tiene 16 años casada que tiene un hijo matrimonial es más capaz en cuanto a su madurez de ejercer por sí la patria potestad, que una joven soltera que tiene un hijo extramatrimonial, a quien el artículo 264 del Código Civil le impone un régimen restrictivo por considerarla incapaz”⁶⁹.

2.3.2. MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO

2.3.2.1 Madres menores en el Perú.

El fenómeno de las madres menores de edad ha sido una constante a lo largo de la historia peruana, hoy emerge con una dimensión cualitativa distinta, que deja de manifiesto las contradicciones de una sociedad que construye conceptos ideales de adolescencia y maternidad, sin proveer de los recursos socioafectivos ni materiales para asumirlos⁷⁰.

En el Suplemento Dominical de Ojo del 30 de setiembre de 1979, Jesús Túpac Yupanqui Mayorga en un artículo titulado “El drama de las niñas

⁶⁸GROSMAN, Cecilia P. “Familia Monoparental”. Edit. Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2008. Pp. 348.

⁶⁹POLAKIEWICZ, Marta. “La entrega en guarda como derecho personalísimo de la madre menor de edad”. En: Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N°11, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997. Pp. 180.

⁷⁰GUTIERREZ, Rocío. “Maternidad Adolescente”. Movimiento Manuela Ramos. Lima, 2006. Pp. 17.

madres” da cuenta que según la encuesta nacional de fecundidad realizada en los años 1977-78 con el patrocinio del Fondo de las Naciones Unidas para actividades de población, el 63% de mujeres que dan a luz, son menores de 17 años de edad.

Al día de hoy, si bien es cierto que el promedio de madres menores de edad es menor, en los últimos 20 años, la edad de inicio de la pubertad descendió cerca de tres años. Si bien para la mayoría se da entre los 10 y los 14, actualmente puede ocurrir a los 8 años en las niñas y a los 9 en los niños. Las y los adolescentes cada vez comparten más tiempo con sus pares, se preocupan por ser aceptados e insertarse en la cultura juvenil popular y se sienten atraídos física y emocionalmente hacia otros. Por otro lado la situaciones de pobreza y abandono, con frecuencia, fuerzan a los y las adolescentes a adoptar precozmente roles adultos debido a la ausencia de padres y la necesidad de subsistir.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe, reporta que la tasa de fecundidad adolescente del quintil más pobre cuadruplica la del quintil más rico. Para muchas adolescentes pobres un hijo representa: el objeto de su afecto, pasaje a la adultez, posición social más aceptable y mayor tolerancia social y familiar. En otras oportunidades el embarazo es un intento para escapar de situaciones conflictivas en el hogar.

La conducta reproductiva de las menores de edad es un tópico de reconocida importancia, no sólo en lo concerniente a embarazos no deseados y abortos, sino también en relación con las consecuencias sociales, económicas y jurídicas. Los embarazos a muy temprana edad forman parte del patrón cultural de algunas regiones y grupos sociales, pero en las grandes ciudades generalmente no son deseados y se dan en parejas que no han iniciado una vida en común; o tienen lugar en situaciones de

unión consensual, lo que generalmente termina en el abandono de la mujer y del hijo, configurando así el problema social de la madre soltera.

Según los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar-ENDES Continua 2007-2008⁷¹, el 13,6 por ciento de las mujeres de 15 a 19 años ya son madres, (10,6 por ciento) o están gestando por primera vez (3,0 por ciento). En el departamento de Lima, según esta encuesta, un 8,6 por ciento, de mujeres menores de edad, ya son madres y un 2,3 por ciento son menores embarazadas por primera vez, haciendo un total de 10,9 por ciento de menores que alguna vez estuvieron embarazadas.

Según las estadísticas del Instituto Materno Perinatal de Lima son 2,677⁷² las adolescentes que fueron atendidas sólo en el año 2010; 17 partos atendidos a menores entre 10 a 13 años; 503 a menores entre 14 a 16 años y 2157 a menores entre 17 a 19 años.

Entre las condiciones sociales del embarazo en menores de edad en el Perú cabe destacar el inicio temprano de las relaciones sexuales, la creciente erotización y liberación sexual, de los medios de comunicación y los entornos sociales, la insuficiente educación sexual, la falta de políticas de salud sexual y reproductiva dirigidas a este grupo de edad, que se traduce en deficiencias en la entrega de anticonceptivos; el abuso sexual y las agresiones sexuales.

2.3.2.2. Capacidad de madres menores capaces de discernimiento

a. Capacidad de los menores de edad

Cabanellas, nos dice que la capacidad civil es la “aptitud general para ser sujeto de derechos y obligaciones en la esfera del Derecho Privado, y, más

⁷¹ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). “Informe de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES Continua 2007-2008.

⁷² Información Estadística 2010. Oficina de Estadística e Informática del Instituto Materno Perinatal de Lima.

comúnmente, en el ámbito tradicional del Derecho Civil, en las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligacionales y sucesorias”⁷³.

El Derecho Civil clásico considera a los menores de edad como incapaces de hecho porque presupone que carecen de aptitud para actuar por sí mismos en la vida civil.

Llambías dice que les falta aptitud para ejercer por sí mismos los derechos o para ser titulares de una determinada relación jurídica⁷⁴. Según este autor, el fundamento de la incapacidad es la insuficiencia psicológica del sujeto. Por consiguiente, la incapacidad tiene sentido como medida de protección para el amparo del niño; por lo cual los niños y adolescentes se encuentran adscriptos a relaciones jurídicas de autoridad con respecto a sus padres. Es esta relación de autoridad la que fundamenta la representación necesaria de los padres respecto de sus hijos para todos los actos de la vida civil, en tanto no se encuentren exceptuados en la ley de fondo.

En efecto, tradicionalmente, se distingue entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de obrar, para Manuel Albaladejo cuando “el derecho reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, estamos frente a la capacidad jurídica, de ella se diferencia la capacidad de obrar o aptitud que el derecho reconoce para que la persona realice actos jurídicos”⁷⁵.

Sin embargo, para la presente investigación, con respecto a la capacidad, adoptamos la postura humanista de Carlos Fernández Sessarego y Juan Espinoza Espinoza, quienes consideran que la capacidad genérica o de goce es inherente a la naturaleza del ser humano, por lo que es un error considerar incapaces a los menores de edad, quienes son personas con

⁷³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental”. Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1993. Pp. 58.

⁷⁴ LLAMBÍAS, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. I. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1980, p. 394.

⁷⁵ MANUEL ALBALADEJO. Derecho Civil I Introducción y Parte General. Decimoquinta edición. Librería Bosch, S.L. Barcelona, 2002. P. 215.

capacidad restringida, personas, y por lo tanto ontológicamente libres, pero con ciertas restricciones en el ejercicio de dicha libertad.

Según Juan Espinoza Espinoza: “La doctrina es unánime al definir la capacidad. Así tenemos que se la entiende como la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos; como la aptitud para adquirir derechos y contraer deberes jurídicos; o como la aptitud otorgada por el ordenamiento jurídico, para ser titular de relaciones jurídicas (...)”⁷⁶.

Por lo que en la clasificación de la capacidad Juan Espinoza coincide con Carlos Fernández Sessarego al señalar que el concepto de capacidad de goce es innecesario, puesto que “el sujeto de derecho, en tanto centro de referencia normativa, es titular del conjunto de derechos y deberes que se le imputan”.

Por lo cual el sujeto de derechos, es decir toda persona, incluidos los menores de edad, siempre tiene capacidad, opinión que comparte Manuel Albaladejo, para quien “la capacidad jurídica la tiene todo hombre; comienza con su personalidad y acaba con ella”⁷⁷.

La capacidad jurídica que nuestro Derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos.

No cabe hablar de personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa. Los que se presentan en el ordenamiento jurídico son los sujetos con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta.

Nuestro Código Civil regula, equivocadamente, la llamada capacidad de goce, la cual se encuentra contemplada en el artículo 3 y la denominada

⁷⁶ESPINOZA ESPINOZA, Juan. La capacidad de los sujetos de derecho. En: Código Civil comentado por los 100 mejores juristas. Ob. Cit., p. 18.

⁷⁷ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Librería Bosch. Barcelona, 2002. Pp. 230.

capacidad de ejercicio, descrita en el Título V de la Sección Primera del Libro I del mismo. Merece ponerse atención a que, cuando el artículo 3 se refiere a "las excepciones expresamente establecidas por ley", se está haciendo alusión a las excepciones propias de la capacidad de ejercicio (no a la capacidad de goce). Así, las únicas limitaciones posibles, tanto absolutas como más o menos relativas, conciernen al ámbito de la capacidad de 'ejercicio', que se contrae y circunscribe a la puesta en marcha de la libertad en cuanto 'capacidad jurídica general' o de goce.

Para ser titular de ciertas relaciones, se pueden exigir a la persona determinadas aptitudes especiales, se habla, por muchos, de que para ellas se precisa una especial capacidad jurídica, ya que, aun teniendo igual la general, la especial puede variar de unos a otros.

b. Restricciones válidas a la capacidad de los menores de edad

Grosman concuerda con Belluscio, Borda, Spota y Zannoni en el reconocimiento de que el menor, cuando ha alcanzado determinado grado de madurez pueda decidir los estudios que va a continuar o una orden religiosa⁷⁸.

En base a que el hombre es un ser ontológicamente libre y capaz desde que nace, la capacidad jurídica más que una concesión legal es reconocimiento de uno de los atributos elementales del ser humano, de lo que se infiere que el principio de nuestro ordenamiento jurídico es que la capacidad para obrar es la regla, mientras que la incapacidad es la excepción.

Un factor decisivo para restringir la capacidad del sujeto de derecho es la edad, en nuestro país los 18 años (artículos 42, 43 y 44 del Código Civil), sin embargo la capacidad de obrar de los menores no es siempre igual, y para evitar que las limitaciones a la capacidad sean sólo un modo diverso de

⁷⁸Ibidem, p. 40.

discriminación contra los mal llamados incapaces, autores como Juan Espinoza Espinoza propone “una lectura constitucional y promocional del actual arsenal normativo en beneficio del denominado sujeto débil”⁷⁹. Agrega que al incapaz “no se le debe aislar brindándole una tutela diferenciada. Un ordenamiento jurídico sensible debe tener como finalidad incentivar su participación efectiva a todo nivel, sea civil, laboral, educativo, entre otros. En suma, el sujeto débil debe ser tratado con un criterio de igualdad sustantiva”.⁸⁰

Definitivamente los menores de edad no son incapaces; sino sujetos de derechos con capacidad progresiva⁸¹, lo cual está reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que establece el régimen de progresividad en el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes y la necesidad de un régimen de asistencia en el ejercicio de los derechos humanos específicos.

En el caso de los mayores de 16 años, la capacidad se obtiene por excepción legal, así por ejemplo el artículo 46 del Código Civil señala que la incapacidad relativa de los mayores de 16 años cesa por obtener título oficial de profesión u oficio, cesando totalmente la capacidad en el caso del matrimonio, cuando sus padres asienten el mismo y que sin el cual sucede lo que en doctrina se conoce como matrimonio ilícito, es decir un matrimonio válido pero que tiene efectos en la subsistencia de la incapacidad, así el adolescente que contrae nupcias sin el asentimiento de sus padres pierde conforme lo señala el artículo 247 del Código Civil la administración, usufructo y gravamen de sus bienes.

⁷⁹Espinoza Espinoza, Juan. “La Capacidad Civil de las Personas Naturales”. Edit. Grijley. Lima. 1998. Pp. 18.

⁸⁰Ibid.

⁸¹ El artículo 455, 458 y 1975 del Código Civil reconoce a los menores de edad con discernimiento el ejercicio de los derechos estrictamente personales y la responsabilidad por los daños que causan. Asimismo diversas normas del CNA reconocen el derecho de opinión es todos los casos que les afectan, reconociéndole, no obstante, un valor distinto a estas opiniones de acuerdo a la edad.

El menor de edad, en tanto ser humano, es titular del derecho a la libertad, derecho que le es restringido en su ejercicio, con la finalidad de protegerlo, estas limitaciones deben estar justificadas y deben tener la finalidad de protegerlo sin afectar su dignidad.

2.3.2.3 Menores Capaces de discernimiento

a. El Discernimiento

Discernimiento, cuya raíz proviene del verbo latino *dís-cerno*, quiere decir distinguir, dividir, separar los componentes primigenios de algo, según la Real academia española: “distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ella. Comúnmente se refiere a operaciones del ánimo”.

En efecto, Immanuel Kant considera que el discernimiento es una de las tres facultades del alma que comprende el conocimiento, siendo una “zona intermedia que se halla entre los dominios del entendimiento (teoría) y la razón (práctica)”⁸².

El discernimiento en general es definido por Kant como “la capacidad de subsumir bajo reglas” y “pensar lo particular como contenido bajo lo universal”⁸³. El discernimiento es un talento especial, una capacidad individual, y en tanto en cuanto instancia decisoria sobre la aplicación de reglas dicho talento no puede ser enseñado por medio de cualquiera reglas o prescripciones de la consabida lógica general, sino tan sólo ser ejercitado según el caso. En consecuencia y en el sentido ya indicado, su actividad no es demostrable lógica o conceptualmente.

Kant distingue entre discernimiento determinante y discernimiento reflexionante. El discernimiento determinante es requerido cuando algo es

⁸²KANT, Immanuel. “Crítica del discernimiento”. Edición Antonio Machado Libros. Madrid, 2003. P.20.

⁸³KANT, Immanuel. “Crítica del discernimiento”. Ob. Cit. Pp. 21.

llevado bajo conceptos, con lo cual un concepto se ve determinado gracias a una representación empírica dada. El conocimiento del correspondiente concepto y de sus marcas distintivas es algo que se presupone en esa operación. Sólo se necesita subsumir correctamente, es decir, aplicar el concepto adecuadamente y conforme a la regla adecuada. En cambio, se llama discernimiento reflexionante a la capacidad de dar ejemplarmente con una regla para un caso dado, es decir, sobre una representación dada, al efecto de reflexionar merced a un concepto posible según cierto principio. Para ello se requiere de la habilidad para captar regularidades y legalidades implícitas en lo individual y particular sin conocimiento explícito de las correspondientes leyes o reglas conceptuales. Son precisamente tales reglas generales las que se busca en la reflexión.

Subsumir conceptualmente no es otra cosa que la aplicación de un concepto conforme a reglas, hay que tener presente, sin embargo, que la aplicación de conceptos empíricos siempre se ve precedida por una organización categorial. Ésta descansa sobre las funciones de los conceptos puros del entendimiento y de los correspondientes principios del entendimiento puro. Estas reglas fundamentales del entendimiento presiden en la comprensión kantiana todo conocimiento empírico. Dichas reglas nos son conocidas, pero han dejado de estar inmanentemente presentes, al menos lo están no del todo en que se les presta atención en el juicio epistemológico. Sólo se exploran desde una perspectiva reflexivo-trascendental.

Por consiguiente, la libertad es para los seres humanos dotados de razón y al mismo tiempo de sensibilidad a una idea regulativa necesaria. Tiene la facultad del discernimiento el ser libre.

Según Cabanellas el discernimiento es la “facultad intelectual o recto juicio que puede ser discernimiento cognoscitivo, el cual permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas o el discernimiento moral el cual

permite distinguir entre el bien y el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos, dichos y acciones”⁸⁴.

Según Juan Espinoza el discernimiento es entendido como “la capacidad humana de distinguir entre el bien y el mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en el que el ser humano deja su ego y mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no sólo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro”⁸⁵.

Para Diego Norberto Quirno el discernimiento es la “madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias, como elemento del acto voluntario, es presupuesto de la capacidad para celebrar por sí mismos actos jurídicos”⁸⁶.

b. El discernimiento en el ordenamiento jurídico peruano

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce ciertas facultades a los menores capaces de discernimiento.

El artículo 421 del Código Civil que otorga titularidad de la patria potestad a la madre de su hijo extramatrimonial aun sea menor de edad debe ser concordado por el artículo 455° del mismo cuerpo normativo, que otorga al menor la posibilidad de ejercer derechos estrictamente personales a partir de que éste sea capaz de discernimiento.

De la misma forma el artículo 1358° establece que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

⁸⁴CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ob. Cit. Pp. 149.

⁸⁵ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La Capacidad Civil de las Personas Naturales”. Edit. Grijley. Lima, 1998. Pp. 96.

⁸⁶Citado por BASSO, Silvia M. “Obligación alimentaria del progenitor menor de edad”. En: Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos. Cecilia Grosman (Coord.). Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004, p. 264.

Con lo que existe, en nuestro ordenamiento, una consideración de los menores, que hayan logrado discernimiento, como protagonistas de su conducta libre, lo cual se expresa en la noción de sujetos, o sea, actualizadores de su propia esencia, estado o acción, llegando a poder realizar las mismas actividades que todo agente racional consciente.

2.3.3. ACCESO A LA JUSTICIA POR NIÑOS HIJOS DE MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO

La consideración del interés superior del niño se produce cuando el conflicto llega a la justicia, entendida en un sentido amplio, por obra de los adultos o de los organismos estatales o privados encargados de la protección del niño. Un aspecto esencial para amparar el interés del niño o del adolescente es darle el derecho de acudir personalmente a la justicia cuando dicho interés resulte afectado.

El concepto de justicia comprende la justicia alternativa, tal como lo reconoce la Opinión N° 13 de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que “es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquellos”.

2.3.3.1 Concepto Amplio del Derecho al Acceso a la Justicia

El común denominador a las distintas conceptualizaciones del acceso a la justicia reside en la alusión a un derecho que permite acudir a órganos facultados para la protección de derechos o intereses o para la resolución de conflictos. Las diferencias comienzan cuando se consideran aspectos como la naturaleza jurídica del propio acceso a la justicia –derecho genérico

vinculado o asociado a un conjunto de derechos humanos específicos, o derecho adscrito al derecho a la tutela judicial o jurisdiccional efectiva o derecho a un juicio justo-, y de la actividad desarrollada por el Estado para asegurarlo, al igual que al determinar si el acceso a la justicia se refiere, además de a los tribunales, a órganos administrativos o a instancias encargadas de la resolución alternativa de conflictos⁸⁷.

El acceso a la justicia es aquella situación en la que una persona puede utilizar efectivamente el sistema judicial u otros mecanismos alternativos como medio idóneo para resolver conflictos y ejercer sus derechos adecuadamente.

Al igual que quien no tiene salud o educación, quien no puede ejercer sus derechos se encuentra en una situación que merece una política destinada a erradicarla.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, en su sección quinta “Medios Alternativos de resolución de conflictos”, establece que “(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia”.

Autores como Cecilia Grosman reconocen a los procedimientos de mediación como parte del sistema de justicia al que puede acceder el menor, en este caso argentino “creemos que favorece su interés este método de solución de

⁸⁷CASAL, Jesús María y otros. “Derechos Humanos y acceso a la Justicia”. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales Ildis. Caracas, 2005. Pp. 23.

conflictos, pues permite enfrentar los problemas de manera constructiva a través de la negociación y la participación comprometida de las partes”⁸⁸.

En el fundamento 40 de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se establece que “Las normas internacionales procuran excluir o reducir la judicialización⁸⁹ de los problemas sociales que afectan a los niños que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alternar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

2.3.3.2. Hijos de Madres Menores como Titulares del Derecho de Acceso a la Justicia

Los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son los conceptos inseparables del sistema de valores y principios característicos de la sociedad democrática. En ésta los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

Entre los valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la

⁸⁸GROSMAN. Cecilia. “Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad”. Ob. Cit. p. 64.

⁸⁹ Artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Regla 11 de Beijing y 57 de las Directrices de Riad.

situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.

Consideraciones que se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas a su cargo.

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derechos de un niño.

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño es un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

Personas en condición de vulnerabilidad son aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

Los menores de edad son considerados como personas en condición de vulnerabilidad, más aún cuando reúnen además de la edad otras desventajas como la pobreza, o la minoría de edad de sus progenitores.

Roberto Gargarella los denomina grupos desaventajados “una realidad que nos dice que dentro de nuestra sociedad existen grupos, que no reciben el debido trato que se merecen. En cuyos casos se justifica dejar de pensar en derechos iguales para todos, para pasar a defender el ordenamiento de derechos especiales para ciertos grupos”⁹⁰.

2.3.3.3. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos Familiares como contenido del derecho humano al acceso a la justicia

La búsqueda de nuevas modalidades de composición del conflicto que ha operado a nivel nacional e internacional obedece al severo cuestionamiento al que está sometido el modelo judicial tradicional y a la conveniencia de reformular las reglas de remedios de las divergencias familiares.

a. El Conflicto

El conflicto se da en cada uno de los ámbitos de nuestra vida y de nuestro mundo, desde los primeros días de nuestra existencia hasta el fin de ella; el conflicto forma parte de nosotros. Es un reconocimiento y una confrontación de nuestras diferencias.

Autores como Carlos Marx y Carl Schmitt estaban convencidos de que el conflicto era el motor de la historia, “La etiqueta zoológica de la humanidad es una impostura porque los descendientes de Adán viven en irremediable hostilidad. Y el hombre es incapaz de producir por sí mismo la reconciliación con el hombre. Sólo en Dios podría haber humanidad. Mientras tanto guerra”⁹¹.

Frente a las teorías filosóficas y sociológicas y a las doctrinas políticas que, desde diversos supuestos, defienden la posibilidad de una sociedad sin conflictos, se levanta una corriente doctrinal de carácter eminentemente

⁹⁰ GARGARELLA, Roberto. “Derecho y grupos desaventajados”. Editorial Gedisa. Barcelona, 1999. Pp. 18.

⁹¹ SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús J. “La Idiotez de lo Perfecto: Miradas Políticas”. Ob. cit. p. 38.

realista que entiende que el conflicto constituye un aspecto o dimensión natural de la vida humana social; un hecho social normal. El conflicto, en cuanto fenómeno ordinario de la vida humana que encuentra su raíz antropológica más profunda en la naturaleza desfalleciente del hombre, se presenta a nuestra consideración como un hecho de carácter ambivalente, resultando, por un lado, de los cambios sociales y motor, por otro lado, de dichos cambios, que se constituyen en eje de momentos de significación tanto funcional como disfuncional, dentro del proceso de la vida social⁹².

Conflicto significa la percepción de divergencia de intereses o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultáneamente o conjuntamente⁹³.

Es la tensión que se genera entre personas que pretenden objetivos aparentemente contrarios, pueden ser ocasiones para propiciar cambios y, por tanto, necesarios para la evolución de las personas o sociedades.

Las posiciones son la verbalización de la secuencia de hechos realizada por cada una de las personas que se perciben como enfrentadas en un tema. Será el relato de una parte frente a la otra. Son, a simple vista, las pretensiones de las partes pero no hay que quedarse en ellas, hay que analizarlas. Posición es lo que se afirma, lo que se muestra, lo que parece que se desea conseguir. Pero las cosas que se exigen son términos y condiciones.

Una posición es una forma de satisfacer los intereses, pero no la única posible. Los resultados de una negociación basada en las posiciones serán de tipo distributivo; el que consiga obtener respuesta a su posicionamiento se

⁹² Montoro Ballesteros, Alberto. Conflicto Social, derecho y proceso. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho 20. Universidad de Murcia. 1993, Lérida. Pp. 7.

⁹³ M. Boldú, R. Carrasco, M González, A Rubí, I Valls. Introducción a la Mediación. En: Mediación Familiar y social en diferentes contextos. Coord. Ana Poyatos García. Universitat de València., 2003. Pp. 77.

sentirá ganador, el que no consiga las pretensiones que ha verbalizado será perdedor. Este tratamiento del conflicto no permite llegar a soluciones

Al constituir el conflicto uno de los fenómenos fundamentales de la sociedad, nada tiene de extraño que dicha noción se haya erigido en categoría metódica fundamental para la comprensión de la historia, la cual, en un intento de interpretación global, ha sido entendida y explicada en términos de conflicto y lucha de las diferentes especies por su supervivencia; como lucha de los pueblos o naciones por el predominio de unos sobre otros; como lucha de clases; como lucha de las diferentes razas por la supremacía y el poder.

Desde supuestos influidos por el darwinismo, la idea de conflicto, de lucha, pasa a constituirse, con Ihering, en una de las categorías fundamentales para la comprensión de los fenómenos jurídicos. Para Ihering, la expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz: la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo. Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el Derecho habrá de prevenirse siempre con los ataques de la injusticia. La lucha no es, un elemento extraño al Derecho; antes bien, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea. Todo Derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de Derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptaban, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como de un individuo, supone que están, el individuo y el pueblo, dispuestos a defenderlos. “La lucha es el trabajo eterno del Derecho. Si es una verdad decir: ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también: solamente luchando alcanzarás tu derecho⁹⁴.

Luis Díez-Picazo elige la idea de conflicto como punto de partida para la aproximación al estudio del Derecho. “Frente a la pura concepción

⁹⁴Idem. Pp. 9.

normativista, es posible pensar que la experiencia jurídica primaria o el fenómeno jurídico primario es, antes que cualquier otra cosa, el conflicto de intereses”⁹⁵.

El derecho necesita el concurso de fuerza efectiva. Lo necesita para su realización concreta (...). Lo necesita para su formación abstracta; el derecho no se reconoce como la verdad, se establece por la lucha de los intereses; no por la virtud de razonamientos y deducciones, sino por la acción y la energía de la voluntad general”⁹⁶.

Para el maestro procesalista Francesco Carnelutti el proceso no surge del proceso, sino de una situación meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Denomina esta situación de conflicto, originadora del proceso, litis o litigio, conflicto jurídicamente transcendente y susceptible de solución jurídica, según el procesalista italiano antes citado “la litis puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida. El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal”⁹⁷.

Una litis, puesto que es un conflicto intersubjetivo de intereses, tiene necesariamente dos sujetos, cada uno de ellos toma el nombre de parte; con lo cual se indica más bien su posición que su individualidad, esto es, que es uno de los sujetos del conflicto y, por tanto, forma parte de él.

Los medios para la solución de los conflictos sociales se han ido depurando, perfeccionando, a lo largo del proceso de racionalización que ha experimentado la vida social, política, económica y jurídica del hombre.

⁹⁵ Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teorías del Derecho*. Ed. Ariel, 3º ed. Barcelona, 1993. Pp. 7.

⁹⁶ IHERING. *El fin en el Derecho*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978, Pp. 123.

⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. “*Instituciones del Proceso Civil*”. Trad. Santiago SentisMelendo. Vol. I. 4º Edic. EJE Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1950. Pp.28.

b. Resolución Alternativa de Conflictos

A nadie escapa la crisis que padece el proceso judicial como vía pacífica de resolución de controversias, concurren para ello experiencias notables como la lentitud intrínseca en el sistema y la onerosidad que a diario aumenta la dificultad en el acceso. Además, se hace evidente cierta desconfianza a los hombres de la justicia que perjudica la imagen y desacredita la instancia trascendente que la jurisdicción propone.

Surgen así institutos como el arbitraje, la mediación y la conciliación como alternativas al Proceso judicial para la solución de controversias privadas. Carnelutti denomina “equivalentes al proceso civil”, aquellos mecanismos distintos al judicial, que sirven para solucionar las controversias, según él “la composición de la litis puede obtenerse también por medios distintos del proceso civil; puesta como función de ésta dicha composición, se entiende que, para denotar tales medios, puede servir el concepto de equivalente”⁹⁸.

La noción de equivalente procesal se resuelve en dos hipótesis: o la litis se compone por obra de las partes mismas, o se compone por obra de un tercero distinto del oficio judicial. En el primer caso se puede hablar de autocomposición de la litis; puesto que no interviene el empleo de aquel método al cual se da nombre de proceso, la autocomposición es también composición extraprocesal de la litis. En el segundo caso se utiliza para la composición un órgano extraprocesal, que puede ser un particular (árbitro).

Para Niceto Alcalá “Producido el litigio o conflicto entre dos esferas contrapuestas, cabe que se solvente por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero”⁹⁹.

⁹⁸ CARNELUTTI, Francesco. “Instituciones del Proceso Civil”. Ob. Cit. Pp. 109.

⁹⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. “Proceso, Autocomposición y Autodefensa”. 3º edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2000. Pp. 12.

A decir de Gozáini “Lo común es que estas alternativas de solución de controversias jueguen indiferentes al proceso, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales”¹⁰⁰.

Los medios por los cuales un conflicto puede resolverse son la autodefensa y la autocomposición, la segunda es un medio de composición que puede presentarse unilateral o bilateralmente y operar en forma directa (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o indirecta (con la ayuda de un tercero)¹⁰¹.

Los medios de composición directa son el desistimiento, el allanamiento y la transacción; los medios de composición indirecta son la mediación y la conciliación.

c. Conciliación Extrajudicial Familiar

Entre las alternativas al proceso judicial, como una especie dentro de las formas de resolución de conflictos, figura la conciliación familiar enmarcada en el instituto genérico de la conciliación.

Su utilización en los conflictos familiares resulta justificado en gran parte por los resultados promisorios alcanzados y registrados en otros países, tanto europeos como americanos.

La conciliación, a criterio de algunos autores, se vincula estrechamente con el “nuevo” derecho de los niños y adolescentes, en tanto es, en sí misma, una alternativa a la judicialización de los conflictos familiares, dado que genera un cambio radical en su resolución.

Para Marianella Ledesma la conciliación es un acto jurídico que se sustenta en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad. El ejercicio de esta

¹⁰⁰ GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. “Notas y Estudios sobre el Proceso Civil”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México, 1994. Pp. 44.

¹⁰¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”. Editorial Juris. Santa Fe, 2009. Pp. 4.

autonomía no es ilimitada, pues las partes pueden disponer de sus derechos siempre y cuando no afecten con ello normas de carácter imperativo ni contraríen el orden público ni las buenas costumbres. Ello es coherente con lo regulado con el artículo V del Título Preliminar del Código Civil¹⁰².

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. “El verbo proviene del latín conciliatio, que significa composición de ánimos en diferencia”¹⁰³.

En cada una de esas precisiones está presente la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberlo promovido.

Para Cernelutti la conciliación es una de las formas de autocomposición de la litis, nos dice que “con miras al beneficio que la autocomposición de la litis procura, evitando la pérdida de tiempo y de dinero exigidos por la solución procesal, es favorecida por la ley de la actividad orientada a obtenerla y que toma el nombre de conciliación”¹⁰⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico la conciliación extrajudicial está regulada por la Ley 26872, Ley General de Conciliación Extrajudicial y sus modificatorias contenidas en el Decreto Legislativo N° 1070, destinada a aplicarse en los Centros de Conciliación, sin embargo existen otras instituciones que se encuentran facultadas por la ley para desempeñar una labor conciliatoria, como es el caso de la Ley 27007 que faculta a las Defensorías del Niño y Adolescente, debidamente autorizadas por el

¹⁰² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo”. T 2. Edit. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2008. Pp. 20.

¹⁰³ GOZAINI, Oswaldo Alfredo. “Notas y Estudios sobre el Proceso Civil”. Ob. Cit. Pp. 45.

¹⁰⁴ CARNELUTTI, Francesco. “Instituciones del Proceso Civil”. Ob. Cit. Pp. 113.

Ministerio de la Mujer, a realizar conciliaciones extrajudiciales sobre las materias propias de su función.

La ley general de conciliación señala en su artículo 1° que la conciliación constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos. “Tal expresión constituye la literal traducción de la expresión anglosajona “Alternative Dispute Resolution”, la cual hace alusión al conjunto de formas de resolución de las controversias distintas al proceso judicial, y que en la literatura anglosajona se suele indicar simplemente con las siglas ADR, por lo cual, siempre por imitación, se está haciendo común que también en nuestra lengua para referirnos a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se usen las siglas MARC”¹⁰⁵.

En el caso de conciliaciones extrajudiciales familiares que involucra a menores de edad se ha sostenido que “...a la luz de los principios y bases de la mediación, la nueva visión de los conflictos que aquejan a los niños, niñas y adolescentes, se concentra principalmente en dos proposiciones clave el derecho a ser oído y el interés superior del niño. La conciliación de estos preceptos con las normas sustanciales o formales, que no se han adecuado todavía a la Convención sobre los Derechos del Niño, puede tener como consecuencia directa que sus derechos no sean reconocidos apropiadamente o que, en ocasiones, sean negados. Es por ello que la conciliación constituye un ámbito de actuación novedoso y un instrumento de primer nivel para la defensa y la protección de los derechos de la infancia”¹⁰⁶.

En los procesos llevados a cabo ante un Juzgado de Familia y en los cuales la situación de los niños activa la jurisdicción, es bueno detenerse a observar la posición de las partes en conflicto. Así veremos que, en determinados casos, para los padres pasa a ser una controversia centrada en el objeto

¹⁰⁵ ARIANO DEHO, Eugenia. “Problemas del Proceso Civil”. Edit. Jurista Editores. Lima, 2003. Pp. 13.

¹⁰⁶ ALBOHRI TELIAS, Débora y ENRIQUE ANTÓN, Ricardo. “La mediación en el Juicio de Alimentos”. En: Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos. Ob. Cit., p. 411.

“niño” –quien lo tiene, quien lo cuida, quien lo alimenta- en lugar de un conflicto en el cual el niño es la parte más afectada y a quien se debe proteger.

2.3.4. SERVICIO DE DEFENSORÍAS DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y AL ADOLESCENTE

2.3.4.1. EL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL AL NIÑO Y AL ADOLESCENTE

El libro segundo del Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley del 28 de diciembre de 1992, el cual fue firmado por el entonces presidente del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional Alberto Fujimori¹⁰⁷ con el presidente del Consejo de Ministros Oscar de la Puente Raygada y el Ministro de Justicia Fernando Vega Santa Gadea, se titula, al igual que el Código vigente, “Del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente”, sin embargo dicho sistema, cuyas siglas son SNAINA es establecida, recién, en agosto de 1995 a través de la Ley N° 26815, que desarrolla la finalidad del Sistema, sus integrantes, sus objetivos, la estructura del Ente rector y su constitución como programa presupuestal del Ministerio de la Presidencia.

Este sistema se define como el conjunto de órganos, entidades y servicios públicos y privados que formulan, coordinan, supervisan, evalúan y ejecutan

¹⁰⁷He aquí una semejanza más, para aquellos que equiparan el Gobierno de Alberto Fujimori con el de Augusto B. Leguía, puesto que mientras este último ratifica la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 y por Decreto Orgánico del 25 de abril de 1924 crea los Estatutos de Defensa de la Infancia, y por el mismo Decreto, el Instituto Nacional del Niño como órgano de ejecución de la Junta, invitando a la iniciativa privada a formar un Patronato de la Niña Madre abandonada como factor de la defensa del niño, el cual se aprueba por Resolución Suprema del 12 de Diciembre de 1925 en la Conferencia sobre el Niño Peruano inaugurada por el mismo Augusto B. Leguía; el Gobierno de Alberto Fujimori ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y dicta el Código de los Niños y Adolescentes, elevando al nivel del Ministerio de la Presidencia el SNAINA, y nos deja una institución que perdura hasta hoy las Defensorías de los Niños y Adolescentes, populares en los 90’s en sus forma de DEMUNAS.

los programas y acciones desarrollados para la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes.

Dentro de él, se señala el Ente Rector como órgano central del Sistema, que en 1996 se reglamenta, a través del Decreto Supremo N° 018-96-PRES. El organigrama aprobado colocó al Ente Rector del Sistema al mismo nivel que los Vice Ministerios del Ministerio de la Presidencia al que estaba adscrito. En su artículo 5° se le otorgó autonomía técnica, funcional y administrativa.

Dentro del Ente Rector, el Directorio era el órgano de mayor jerarquía que establecía las metas, formulaba, orientaba y aprobaba las políticas del Sistema. Era presidido por un representante del Ministerio de la Presidencia e integrado por un representante de cada uno de los siguientes ministerios: Salud, Educación, Justicia, Trabajo, y Economía y Finanzas, dos representantes de la Iglesia Católica y tres representantes de la Sociedad Civil.

Asimismo, la norma preveía la conformación de entidades semejantes al ente rector a nivel regional que dependía administrativa, funcional y técnicamente de él y tenía sus respectivos directorios. Establecía que la finalidad del Sistema era “coordinar, orientar, integrar, estructurar, formular, supervisar y evaluar las políticas, planes, programas y acciones a nivel nacional dirigidas a la atención integral de todos los niños y los adolescentes”.

En octubre de 1996, por Decreto Legislativo N° 866 se crea el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, PROMUDEH, incorporando a este las funciones del Ente Rector. Este hecho tuvo como consecuencia que el Ente Rector del SNAINA descienda en su nivel jerárquico y, por ende, en su influencia sobre los demás sectores, asimismo, al pertenecer a un sector específico pasa a depender de ella presupuestal y funcionalmente, ambos hechos le hacen perder su capacidad articuladora con los sectores del Estado y su capacidad directriz de las políticas públicas en infancia, al

depender estas de una cartera y no del coordinador de las políticas del Estado, como es la Presidencia del Consejo de Ministros.

En abril de 1999 se emite el Decreto Supremo N° 004-99-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo libro segundo norma el SNAINA, pero no hace referencia al Ente Rector. En agosto del 2000 se promulga con Ley N° 27337 el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, vigente a la fecha, que en el segundo libro establece el SNAINA y al PROMUDEH como su Ente Rector.

La normatividad del SNAINA a lo largo de estos años ha sufrido constantes modificaciones. En el gobierno de Alejandro Toledo el sistema desaparece en su implementación así como en el conocimiento y conciencia de los diversos operadores del Estado acerca de su existencia. Entre los años 2002 y 2004 con la nueva estructura orgánica del MIMDES y la creación de dos viceministerios y sus órganos de línea se encarga la rectoría, además del SNAINA, del Sistema Nacional de Población en Riesgo, pero no se establece la relación entre ambos.

El Código de los Niños y Adolescentes pone mayor énfasis en el Ente Rector y mucho menos en el diseño del Sistema. Hasta ahora lo que más se ha desarrollado es el marco normativo del Ente Rector, sin embargo este ya no cuenta con un directorio del mayor nivel jerárquico para la implementación de las políticas del Estado; ni con la participación de la sociedad civil para la legitimización de estas.

Actualmente, dentro de la estructura orgánica del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables existe la Dirección de Niñas, Niños y Adolescentes, que se halla dentro de la Dirección General de familia y Comunidad, y que tiene a su cargo la gestión y reporte del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia, la cual es seguida por el Comité Multisectorial para la implementación del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la

Adolescencia donde participan 13 sectores del Estado, la Defensoría del Pueblo y representantes de la Sociedad Civil.

2.3.4.2 Prototipo Base: Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia

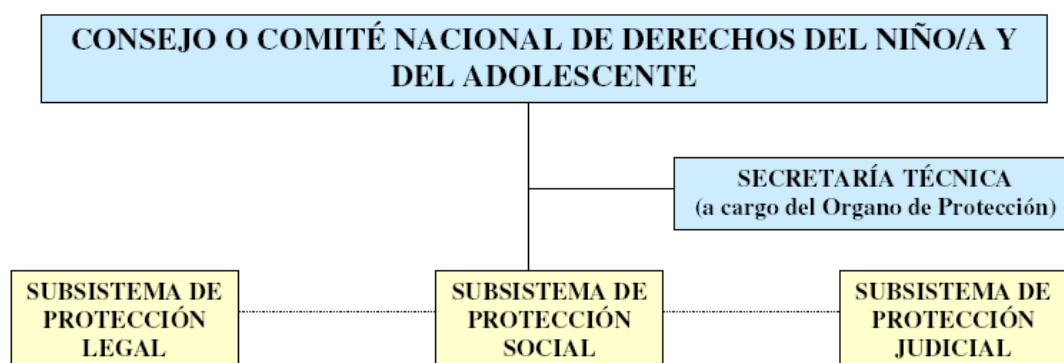
En marzo del 2003 el Instituto Interamericano del Niño (INN), presenta una propuesta titulada “Prototipo Base: Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia” a los países de América, luego de muchos estudios realizados en diversos países de la región donde se recogieron experiencias y modelos.

Este estudio propone una estructura sistémica construida en base a tres grandes subsistemas:

1. **Subsistema de Protección Legal**, integrado por todas las normas y regulaciones que definen la relación entre la infancia y el Estado; la infancia y la comunidad; la infancia y la familia; y que en definitiva establecen el marco de regulaciones entre la niñez y la sociedad como un todo. Este subsistema sienta sus bases en la consideración de los niños/as como sujetos de plenos derechos por lo que debe prever mecanismos que permitan su exigibilidad. Está constituido por diferentes actores y cuyos roles permitirán garantizar la vigencia de este subsistema.
2. **Subsistema de Protección Social**, integrado por todos aquellos programas, proyectos y servicios enfocados a garantizar y restituir los derechos establecidos para los niños y adolescentes. Este subsistema es necesario porque permite integrar una red de organismos y programas vinculados al Estado y a las organizaciones sociales que abarque potencialmente a toda la infancia sin que exista espacio de exclusión.
3. **Subsistema de Protección Judicial**, integrado por los órganos que aplican las leyes dirigidas a los menores de edad.

Cuadro 1.

SISTEMA NACIONAL DE INFANCIA
LÓGICA GENERAL DE LOS SUBSISTEMAS



Estos Subsistemas son dirigidos por un Consejo o Comité Nacional que está integrado por todas aquellas instituciones públicas y privadas que trabajan en la temática. Asimismo, contarían con una Secretaría Técnica a cargo del órgano de protección rector en el tema a nivel nacional.

El Subsistema de Protección Legal, estaría constituido por dos componentes: Las Normas Nacionales y las Normas Internacionales.

El Subsistema de Protección Judicial, estaría constituido por dos componentes: Justicia de Menores y Justicia de Familia. Dentro del Componente de Justicia de Menores se ubicaran tres temas: Garantía, Defensoría y Sistema de Responsabilidad Penal.

El Subsistema de Protección Social es el más extenso, se compone de Servicios Universales y Servicios Focalizados, distribuyendo para los servicios universales los servicios a cargo de los sectores, como: Salud, Educación, Vivienda, Justicia, Trabajo, Deporte, y otros que –dependiendo de cada país- por derecho les corresponden a todos los menores de edad. Para el caso de los Servicios Focalizados se ubican los programas especializados en determinada población objetivo debido a la situación de

vulnerabilidad o riesgo en que se encuentren. Como ejemplo podemos hablar de los menores de edad con discapacidad, aquellos que sufren maltrato, aquellos víctimas de trata en todas sus formas, adicciones drogas, mendicidad, entre otros. Este grupo de servicios cuenta con componentes de ingreso a los programas que atienden a cada población objetivo, así como componentes de prevención y atención, todo estructurado de forma sistémica.

2.3.4.3 El Modelo Peruano. SNAINA: Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente

En el año 2005, instituciones públicas y privadas preocupadas por el estancamiento de la construcción del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, generaron un diagnóstico que puedan servirle de base, a partir de un estudio en que el Estado se ha organizado para trabajar la temática.

En dicho estudio se generan cuatro subsistemas que trabajan en torno al Ente Rector, que normativamente es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes:

- 1. Subsistema de Desarrollo de Capacidades vinculado al derecho a la supervivencia y al desarrollo,** lo componen los sectores de Salud, vinculado al tema de la supervivencia, y Educación, vinculado al tema del desarrollo.
- 2. Subsistema de Protección de la Infancia en situaciones de vulnerabilidad y riesgo,** lo componen todos aquellos órganos de protección social que previenen, protegen y atienden situaciones negativas para el desarrollo del menor, y que vulneran real o potencialmente sus derechos, como son el MIMP (INABIF, PRONAA, PNCVFS, etc.), MINTRA, MINITER y el Poder Judicial.

- 3. Subsistema de Garantía de Acceso y Administración de Justicia a la Infancia**, dirigido a aquellos menores cuyos derechos ya han sido vulnerados. Donde se encuentra el Servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes.
- 4. Subsistema Normativo de Exigibilidad de Derechos**, que está compuesta por aquel órgano que se encarga del marco normativo para el funcionamiento de los sectores involucrados, o sea el Parlamento.

Este estudio hace una propuesta enunciativa de la ubicación de la Defensoría en el Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente.

2.3.4.4. EL SERVICIO DE DEFENSORÍAS

Los derechos generales y específicos que han sido reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, han permitido el desarrollo de diversas líneas de acción en torno a los derechos que les asiste a niña, niños y adolescentes, como por ejemplo el derecho a la libertad, una familia, a ser escuchados, al reconocimiento de una capacidad progresiva, entre otros.

Cabe señalar que en esta gama de posibilidades, las acciones de promoción y defensa de los derechos de la niñez y la adolescencia son de esencial importancia, debido a que inciden en la valoración del ser humano y el bienestar familiar. En tal sentido, las Defensorías del Niño y el Adolescente contribuyen al gran objetivo de sensibilizar y comprometer a la comunidad, influyendo en la construcción de una cultura de respeto y buen trato de nuestra niñez y adolescencia.

2.3.4.4.1. Defensorías de los Niños y Adolescentes (DNA)

a. Creación

Se crea en 1992, al promulgarse el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°26102). Norma que promovía la participación conjunta de la Sociedad Civil y el Estado para el logro de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de nuestro país; promoviendo a las Defensorías del Niño y Adolescente como un espacio en el que esto se haga realidad.

El nuevo Código de los Niños y Adolescentes (Ley N°27337), ratifica la necesidad de contar con este tipo de servicios. De igual modo ambos Códigos señalan que las Defensorías son parte del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente.

A partir de 1996, el Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano – PROMUDEH se convierte en el Ente Rector de este Sistema, teniendo entre sus objetivos el velar por el respeto y el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Desde aquella fecha el PROMUDEH, luego MIMDES y hoy MIMP, a través de la actual Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes, y en específico de la Sub Dirección de Defensorías es la autoridad central del Servicio de Defensorías a nivel Nacional.

b. Regulación

Es un servicio público que pertenece al Subsistema de Garantía de Acceso y Administración de Justicia a la Infancia del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente regulado en el Código de los Niños y Adolescentes, es un mecanismo que permite la promoción, defensa y vigilancia de sus derechos. Su necesidad se ha ratificado en el Acuerdo Nacional, y son una de las instancias responsables de la ejecución del Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2011-2021.

En la actualidad, según cálculos del Unicef¹⁰⁸ existen 2,180 Defensorías a nivel nacional, sin embargo sólo 831 están registradas en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables MIMP. Todas ellas atienden un total de 209,487 casos, de los cuales 44,013 casos fueron sobre temas relacionados con pensión de alimentos, 9,035 a régimen de visitas, 10,016 a tenencia de los hijos y 7,150 reconocimientos voluntarios de filiación, asimismo, entre las personas atendidas 103,655 usuarios fueron menores de edad

Según el artículo 42° del Código de los Niños y Adolescentes: “La Defensoría del Niño y del Adolescente es un servicio del Sistema de Atención Integral que funciona en los gobiernos locales, en las instituciones públicas y privadas y en organizaciones de la sociedad civil, cuya finalidad es promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescentes. Este servicio es de carácter gratuito”.

Las Defensorías, aun así funcionen en una Institución Promotora privada, cumplen una función administrativa y pública, tal como lo establece el artículo VII del Título Preliminar de la Guía de Procedimiento de Atención de casos en las Defensorías del Niño y del Adolescente: “A nivel nacional las Defensorías de los Niños y Adolescentes ejercen función administrativa y pública, y en forma especial aquellas que establece el Código de los Niños y Adolescentes, y otras normas sobre la niñez y adolescencia”.

Estas normas son:

- ✓ Constitución Política del Perú.
- ✓ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990.

¹⁰⁸ UNICEF. “Defensorías de los Niños y Adolescentes. Con todo Derecho”. Lima, 2006. Pp. 2.

- ✓ Ley 26872 “Ley de Conciliación”.
- ✓ Ley 27007 “Ley que faculta a las Defensorías del Niño y del Adolescente a realizar conciliaciones extrajudiciales con título de ejecución”.
- ✓ Ley N° 27793 “Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social”
- ✓ Decreto Supremo N° 11-2004-MIMDES aprueba el “Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social”.
- ✓ Decreto Supremo N° 14-2008-JUS “Reglamento de la Ley de Conciliación”.
- ✓ Decreto Supremo N° 06-99-PROMUDEH, que aprueba el “Reglamento de la Ley que Faculta a las Defensorías del Niño y Adolescente a realizar Conciliaciones Extrajudiciales con Título de Ejecución – Ley N° 27007”.

De acuerdo al artículo 46 del Código de los Niños y Adolescentes, las Defensorías deben inscribirse en el Ministerio de la Mujer, como ente rector del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, para ello, el Ministerio cuenta con la Sub Dirección de Defensorías que forma parte de la Dirección General de Niñas, Niños y Adolescentes.

El Código de los Niños y Adolescentes, mediante su artículo 45, establece cuales son las funciones específicas de Defensorías de los Niños y Adolescentes, estas son:

- Conocer la situación de los niños y adolescentes que se encuentran en instituciones públicas o privadas;

- Intervenir cuando se encuentran amenazados o vulnerados sus derechos para hacer prevalecer el principio del interés superior;
- Promover el fortalecimiento de los lazos familiares. Para ello puede efectuar conciliaciones extrajudiciales entre cónyuges, padres y familiares, sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, siempre que no existan procesos judiciales sobre estas materias;
- Conocer la colocación familiar;
- Fomentar el reconocimiento voluntario de la filiación.
- Programar programas de atención en beneficio de los hijos y adolescentes que trabajan;
- Brindar orientación multidisciplinaria a la familia para prevenir situaciones críticas, siempre que no existan procesos judiciales previos; y
- Denunciar ante las autoridades competentes las faltas y delitos cometidos en agravio de los niños y adolescentes.

De esta forma la Defensoría del Niño y Adolescente aporta a la solución de problemas intrafamiliares, desempeñando la función, mediadora, mediante la reunión de reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial, y la conciliadora apoyando a las partes en la solución de sus conflictos en tres temas: Alimentos, tenencia y régimen de visitas, cuando los derechos de los menores de edad se encuentran comprometidos. Rigiéndose por una Guía de Procedimiento de Atención de Casos en las Defensorías del Niño y Adolescentes, la cual fue aprobada mediante Resolución Ministerial N° 669-2006-MIMDES el 08 de setiembre del 2006.

Frente a un panorama en el que priman los conflictos al interior de la familia y/o la relación de los padres por los deberes parentales para con

los hijos, el servicio de Defensorías del Niño y del Adolescente, les ofrece la posibilidad de solucionar el conflicto a través de la conciliación extrajudicial conforme a las facultades que la Ley N° 27007 le confiere al servicio.

c. Modelos de Defensorías

Pueden formar una Defensoría de los Niños y Adolescentes las instituciones públicas o privadas, así como las organizaciones de la sociedad civil, que se muestren interesadas en la situación de la niñez y la adolescencia y estén dispuestas a brindar un buen servicio.

La institución que conforma e impulsa una Defensoría es denominada “Institución Promotora”, las defensorías dependen administrativa y económicamente de ellas.

- **Defensorías Municipales (DEMUNAS)**

Una de las instituciones promotoras es la Municipalidad provincial, distrital o Centros Poblados Menores, las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes – DEMUNAS, dependen administrativamente de la Municipalidad y funcionalmente del Ministerio de la Mujer. A nivel nacional el 50% de las municipalidades cuenta con Defensorías. La totalidad de municipios del Callao y Lambayeque brindan el servicio de defensorías, por su parte el 98% de municipios de Lima Metropolitana cuenta con una DEMUNA, es así que, a pesar que las Defensorías Municipales de los Niños y Adolescentes - DEMUNAS, son las más conocidas¹⁰⁹, existen diferentes modelos de Defensorías, de acuerdo a la institución promotora, siempre manteniendo la idea de que sean lo más cercanas a la población posible.

¹⁰⁹ Colectivo Nacional de Apoyo a las DEMUNAS. “Manual de Gestión DEMUNA”. Acción por los Niños. 1° edic. Lima, 2004.

Aunque las DEMUNAS son las Defensorías que atienden la mayor cantidad de casos debido a un mejor soporte institucional por parte de la Municipalidad Provincial o Distrital, los otros modelos de Defensorías tienen una gran importancia en la vida de los usuarios dependiendo de la legitimidad que le sea reconocida.

- **Defensorías Escolares (DESNAS)**

El Ministerio de Educación, a través de sus órganos intermedios, tiene el deber de impulsar, implementar y hacer que funcionen las Defensorías Escolares en todos los colegios de su jurisdicción. El responsable es el director del centro educativo, y los defensores, que son los maestros, son elegidos por los alumnos en votación secreta. Los promotores defensores son los alumnos elegidos de cada grado, y esta elección también se hace a través de una votación. Igualmente, pueden integrarse como promotores todas las personas de la comunidad educativa que lo soliciten, los mismos que serán admitidos después de una evaluación del equipo de la Defensoría.

Estos representantes deben prestar su apoyo a toda la comunidad educativa (docentes, alumnos, padres de familia y personal administrativo) y a toda la jurisdicción en la cual se encuentra el colegio.

Si bien es cierto que la mayoría de atenciones en este modelo de Defensoría son sobre temas vinculados a la atención educativa, como la matrícula oportuna, normas de comportamiento y violencia escolar, también están facultadas para resolver controversias familiares que involucren a los escolares mediante los procedimientos de Filiación Voluntaria Extrajudicial y las conciliaciones extrajudiciales sobre tenencia, alimentos y régimen de visitas.

Las defensorías son muy activas debido a que la escuela es una pequeña sociedad en sí, donde se repiten muchas de las cosas que ocurren en la vida diaria.

- **Defensorías en la Iglesia**

Tradicionalmente, en nuestro país, la Iglesia Católica cumple una función de bienestar social que comprende la asistencia a los menores de edad, incluso, durante el Virreinato la administración de los hospitales y la educación eran competencia propia del clero.

Hoy en día, la Pastoral de Infancia Diocesana promovió la creación de la Defensoría del Niño y del Adolescente diocesana. El ente diocesano se encarga de capacitar a los miembros de las parroquiales debido a que poseen mayores recursos y están mejor implementadas.

El sacerdote, religioso o laico responsable de la Defensoría Diocesana es nombrado por el obispo, mientras que en las Defensorías del Niño y del Adolescente Parroquiales el encargado puede ser el propio párroco, un sacerdote, un religioso o un agente pastoral que él designe. Los defensores, promotores defensores y demás miembros son feligreses voluntarios. El trabajo de todo el equipo está destinado a prestar servicio a todos los miembros de la comunidad donde se encuentra la iglesia.

- **Defensorías Comunes, Organizaciones Sociales de Base u Organismos No Gubernamentales**

Una Defensoría comunitaria se forma gracias al compromiso social de las organizaciones de base, asociaciones comunales, juntas vecinales, y comunidades campesinas e indígenas para velar por los derechos de las familias, niños, niñas y adolescentes de la localidad.

Entre las medidas urgentes establecidas por el UNICEF en su Reporte anual “Estado Mundial de la Infancia 2012” se encuentra “Promover la creación de asociaciones entre los niveles del gobierno y las habitantes pobres de las zonas urbanas marginales, especialmente los niños y los jóvenes”¹¹⁰.

Si bien es cierto que éstos son modelos pensados en las localidades más alejadas de nuestro país, no son pocas las Defensorías Comunes en Lima, así tenemos la Defensoría del Niño y Adolescente “ Los ángeles” de la Central de Comedores Unidos de Lomas de Carabaylo – CULCA; la Defensoría Comunal del Niño y del Adolescente “Niño tú eres primero” de la Central Distrital de Comedores Populares Autogestionados y Afines del distrito de Santa Anita; entre otros.

Así como en diferentes instituciones privadas como la Defensoría de los Niños y Adolescentes del Colegio de Abogados de Lima “Raquel Guerra Távara”, la Defensoría del Niño y del Adolescente “Mujeres de ODICEMOC” de la Organización Distrital de Centrales de Mujeres Organizadas en el distrito de Comas.

d. Defensores

Las Defensorías cuentan con la siguiente organización:

Cuadro 2:



¹¹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. “Estado Mundial de la Infancia 2012”. Naciones Unidas. Nueva York, 2012, p. iv.

Según el artículo 44° del Código de los Niños y Adolescentes: “La Defensoría estará integrada por profesionales de diversas disciplinas de reconocida solvencia moral, con el apoyo de personas capacitadas para desempeñar las funciones propias del servicio, quienes actuarán como Promotores-Defensores.

El Defensor, para tener la facultad de conciliar extrajudicialmente, según el artículo 28 del Reglamento de la Ley 27007 Decreto Supremo 006-99 PROMUDEH, debe ser mayor de edad, miembro de la Defensoría, tener una trayectoria ética y moral, haber sido capacitado y entrenado en temas de familia y técnicas de conciliación y finalmente tener capacidad de comunicación.

De esta forma, si bien es cierto que no todo Defensor es abogado, y que en un inicio las Defensorías preferían un Defensor Psicólogo o de otra profesión capaz de dar solución a conflictos familiares de manera pacífica, estas Defensorías se vieron en la necesidad de contar con un profesional del derecho quien verifique la legalidad de los acuerdos contenidos en el acta de Conciliación Extrajudicial, lo cual está llevando a que cada vez más entidades encarguen sus Defensorías en calidad de responsable o Defensor.

2.3.4.4.2. Campos de Acción de las Defensorías

a. Promoción

Es el despliegue de acciones planificadas, orientadas a cambiar la forma de pensar de las personas en torno a los derechos de la niñez y adolescencia.

Es importante porque involucra a las familias e individuos como agentes activos de su propio cambio, refuerza y desarrolla habilidades sociales y personales de los propios niños, niñas y adolescentes.

En ejercicio de esta función las Defensorías organizan campañas que involucran la realización de diversas actividades dirigidas a cumplir un determinado objetivo en torno a un tema o problemática específica.

b. Defensa

La defensa se concretiza a través de la atención de casos, el mismo que es el despliegue de acciones organizadas para cesar un peligro o la vulneración de un derecho o restituirlo.

Es importante porque facilita el acceso a la justicia, contribuye a la construcción de la paz social, constituye un aporte de la desjudicialización de los procesos sobre controversias familiares en el país y busca el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, contribuyendo a su desarrollo integral.

La atención de un caso es la Defensoría del Niño y del Adolescente, involucra cuatro etapas: recepción, calificación, ejecución de la acción dispuesta y seguimiento; empleando los siguientes mecanismos de resolución:

- **Recepción y calificación del Caso:** En estas dos etapas el Defensor toma conocimiento del caso, ya sea de manera oral o escrita, generalmente a través de un o una Informante que puede ser a la vez la misma usuaria. Luego evalúa el caso y determina la acción a seguir. Este proceso no debe tardar más de 7 días hábiles contados a partir del momento en el que se tomó conocimiento del caso. En el periodo de calificación pueden utilizarse diferentes técnicas como: entrevistas con las partes involucradas, verificación de los hechos y evaluaciones realizadas por profesionales especializados, etc.
- **Ejecución de las Acciones Dispuestas:** Como resultado de la calificación y de acuerdo a los resultados, se puede llevar a cabo la

derivación, la conciliación extrajudicial, el compromiso o las acciones administrativas.

- ✓ Defensa de los hijos de las madres menores de edad: Ante la presencia de una madre menor de edad que acude a la Defensoría pretendiendo representar a su hijo en la solución de una controversia familiar sobre filiación, tenencia y alimentos, ya sea con sus propios familiares o con su pareja o con la familia de su pareja, los funcionarios de la defensoría en obediencia a los principios del Interés superior del niño y del niño como sujeto de derechos, no podrían cerrarle las puertas a esta madre con el fundamento de que por su edad no tiene la capacidad de representar a su hijo y que tendría que acudir a la instancia judicial.

Muy por el contrario los funcionarios de la Defensoría, están en la obligación de atender a esta madre menor de edad, y apoyarla en la búsqueda de una solución consensuada a las controversias que implican a su hijo, mediante las acciones dispuestas en la Guía de Procedimientos de Atención de Casos en las Defensorías del Niño y del Adolescente

- Seguimiento: es el conjunto de acciones que realiza la Defensoría a fin de verificar los avances, realizar los ajustes de estrategias para alcanzar los resultados previstos lo que supone evaluar el cumplimiento de los acuerdos y en caso de no estar cumpliéndose, recomendar soluciones y correctivos. Lograr el total cumplimiento de los acuerdos en favor de los niños, niñas y adolescentes e identificar las limitaciones y dificultades.

c. Vigilancia

Acciones orientadas a que las Defensorías del Niño y del Adolescente conjuntamente con la comunidad exijan el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La vigilancia no sólo sirve para identificar los problemas que se suscitan en diferentes niveles, sino también para proponer alternativas de solución que normalmente son fruto de consenso de un grupo de ciudadanos organizados.

2.3.4.4.3. Intervención de las Defensorías

a. Por medio del mecanismo de la Conciliación Extrajudicial: Mecanismo alternativo orientado a la solución de conflictos familiares en la que el Defensor, busca promover un acuerdo voluntario entre las partes, en una Defensoría se pueden conciliar tenencia, alimentos y régimen de visitas.

En el caso de madres menores de edad, ante la solicitud de ésta, en representación de su hijo, se invita al padre del menor a una audiencia de conciliación.

La audiencia de conciliación es el acto orientado a lograr un acuerdo voluntario y satisfactorio entre las partes en conflicto, priorizando lo más conveniente para el niño y adolescente.

El plazo máximo de duración de la audiencia de conciliación es de treinta días calendarios, contados a partir de la primera invitación a las partes, el plazo previsto puede ser prorrogado por acuerdo de éstas.

El acta de conciliación de las Defensorías es el documento que expresa la manifestación de la voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial realizadas en dichas Defensorías.

b. Por medio del Compromiso: El compromiso es el acto mediante el cual una o más personas se obligan a restituir los derechos de los niños, niñas y

adolescentes o garantizar su cumplimiento. Siempre y cuando los hechos no constituyan falta o delito.

- **Normas de Comportamiento:** Son reglas o pautas que están orientadas a resguardar los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes. Estas normas pueden aplicarse tanto a los padres como a las niñas, niños y adolescentes, siempre que no implique violencia. A través de las normas de conducta se promueve que la o las partes asuman obligaciones o se mejoren las relaciones personales.
- **Reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial:** Es el reconocimiento voluntario de un niño o niña como hijo. Mediante este procedimiento el Defensor, a solicitud del progenitor que ha reconocido al menor, quien acude a la Defensoría en su representación, invita al padre que no lo haya reconocido a una reunión que busca la celebración de un compromiso en donde los asistentes se obligan a restituir los derechos de los niños o garantizar su cumplimiento, concretamente el reconocimiento de filiación.

Según el artículo 51 de la Guía: “La reunión se podrá desarrollar en un máximo de dos sesiones, el Defensor conduce la reunión y actúa como facilitador, en tal sentido debe:

- Informar a las partes sobre el procedimiento de compromiso, su naturaleza, características, fines, ventajas y el valor del acta de compromiso, los derechos de las partes, otras alternativas de solución al conflicto y las normas de conducta que deben observar.

- Informar acerca de su obligación de velar por el interés superior del niño.
- Informar a las partes sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes involucrados en la solución del conflicto, así como, la responsabilidad asumida con dicho compromiso.
- Escuchar a cada una de las partes independientemente para identificar los problemas existentes.
- Realizar preguntas y aplicar diversas técnicas de comunicación para entender los problemas e intereses que subyacen las opciones asumidas por las partes, y crear un clima de cooperación entre ellas.
- Elaborar el acta de compromiso.

c. Por medio de Acciones Administrativas: Las acciones administrativas son acciones específicas que se despliegan para la atención de un caso, ante las instituciones que incurren en una contravención, asimismo se consideran gestiones administrativas las acciones de coordinación que se despliegan para la incorporación de los niños, niñas y adolescentes en los programas sociales que se diseñan para su atención, en su localidad.

Si bien es cierto no hay un número cerrado de acciones administrativas, pues dependerá del derecho vulnerado y de la institución de que se trate para que la Defensoría, adopte una u otra medida, las acciones más comunes son:

- La inscripción extemporánea de nacimiento.
- Matrícula oportuna.
- La atención médica.

- Detenciones arbitrarias.

2.3.4.5. Defensorías del Niño en el Derecho Comparado

Según Unicef el primer Defensor de los Niños se estableció en Noruega en 1981. Actualmente existe esta figura en Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Irlanda, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Suecia, Australia, Canadá, Israel, Nueva Zelanda, España, Colombia, Costa Rica, Guatemala y Perú. En Chile se está estudiando su implementación.

2.3.4.5.1. En España: Defensor del Menor

España está organizada administrativamente en comunidades autónomas, un modelo de relaciones intergubernamentales entre gobiernos subnacionales, los cuales no son meras extensiones administrativas del centro, ni están bajo su control formal, sino que son niveles de gobierno independientes.

La Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia de la Comunidad de Madrid (Ley 6/1995, de 28 de marzo), en su Título IV, Capítulo I Defensor del Menor, artículo 76.1, establece lo siguiente: “Se crea la institución del Defensor del Menor como Alto Comisionado de la Asamblea de Madrid para salvaguardar los derechos de los menores en la Comunidad de Madrid...”. Artículo en el que se sentarán las bases de la posterior Ley que dará vida al Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid.

La Ley 5/1996, de 8 de julio, del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, crea formalmente la Institución del Defensor y concreta el ámbito competencial de esta Institución.

De acuerdo a la norma señalada, el Defensor del Menor podrá, de oficio o a petición de parte, supervisar la actividad de todas las Administraciones de la Comunidad de Madrid, así como de todas las entidades, personas físicas,

empresas, asociaciones, fundaciones o cualesquiera otras personas jurídicas que presten servicios a los menores, de manera continua u ocasional, aunque no sea ésta su función esencial.

La Ley especifica que todos los poderes públicos, así como todas las entidades privadas que se dediquen a la atención a menores y reciban financiación pública, están obligados a auxiliar, con carácter preferente y urgente, al Defensor del Menor en sus demandas, no pudiendo negar el acceso a la documentación que precise.

El Defensor del Menor es elegido por el Pleno de la Asamblea de Madrid por un periodo de 5 años y no está sujeto a mandato imperativo alguno. No recibe instrucciones de ninguna Autoridad y desempeña sus funciones con autonomía y según su criterio. Goza de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, incluso después de haber cesado en su cargo.

La Ley 5/1996, del 8 de julio, del Defensor del Menor tiene su posterior desarrollo en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en el que se estructura la Institución en una secretaría General, un Gabinete Técnico y un Consejo Técnico, otorgando funcionalidades a cada uno de estos órganos.

Otra norma, por último, que afecta a la figura es la Ley 36/1985 Reguladora de las Relaciones del Defensor del Pueblo con Figuras Similares en las Diferentes Comunidades Autónomas.

2.3.4.5.2. En Argentina: Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Argentina cuenta con la figura del Defensor de Menores desde el siglo XIX, según “El 13 de octubre de 1814 un Decreto del Director Supremo Gervasio Antonio de Posada creó el Ministerio Pupilar inspirado en antecedentes españoles. El Defensor General de Menores apareció por primera vez en el

derecho patrio en estas Ordenanzas Provisionales del Excelentísimo Cabildo Justicia y Regimiento de la Ciudad de Buenos Aires. Se trataba de un cargo desempeñado por un individuo que podía o no letrado, y que, en caso de no serlo, contaba con un asesor. Estaba encargado del cuidado de los huérfanos y pupilos, de la defensa de sus derechos y de la seguridad de sus intereses. Su intervención era necesaria en toda causa se por escrito o de palabra, en que se interesasen los menores. Debía cuidar que los niños huérfanos, pobres o que heredaran bienes, logaran enseñanza y educación, supliendo así la Patria potestad por su ministerio, la falta de los padres naturales”¹¹¹.

En 1884 se emite el Reglamento para las Defensorías de Menores de la Capital, el cual confirió a los Defensores de Menores, en su artículo 12, la guarda interina de los menores que, hallándose bajo la patria potestad o bajo la acción de su tutor o encargado, sufrieran malos tratamientos o se encontraren en cualquier forma amenazados en el goce de sus derechos. Reiteró la obligación de los Defensores de propender a que los menores e incapaces recibieran instrucción primaria y que aprendieran algún arte u oficio, tal como se estatuyera en normas previas. Otra vez se insistió en la facultad de los Defensores de inspeccionar los establecimientos de beneficencia u caridad donde hubiera menores, por lo menos una vez al mes para cada establecimiento.

En la actualidad, en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de su Consejo de las niñas y niños, ofrece el servicio de 15 Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes, reguladas por la Ley 114 Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires del 3 de diciembre de 1998. Defensorías que son zonales, y brindan el servicio de protección y promoción de derechos en distintos

¹¹¹ KUGER, Viviana. “El Defensor General de Menores y la Sociedad de Beneficencia. La discusión de 1887 en torno a sus atribuciones”. Revista de Historia del Derecho N° 17. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1989, p. 411.

barrios de la ciudad, se ocupan de dar respuesta cuando los derechos de menores de edad no son respetados, o cuando es necesario remover obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los mismos.

A fin de dar respuesta integral a las problemáticas planteadas, las Defensorías están integradas por un equipo interdisciplinario de trabajadores sociales, psicólogos y abogados.

Según la página web del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires “en las Defensorías zonales los derechos consultados con mayor frecuencia corresponden al Derecho a la convivencia familiar con el 35%, medidas de protección contra situaciones de violencia 24% y nivel de vida adecuado 22%, restando un 19% disperso en los otros 9 servicios que brindan las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes en los distintos barrios de la ciudad”¹¹².

2.3.4.5.3. En Suecia: El Ombudsman de los Menores

Suecia es uno de los mejores países del mundo para ser niño, según Unicef. Hay diferentes organizaciones dedicadas al bienestar del niño, El Defensor sueco fue creado en 1993 por ley, ombudsman o comisionado de menores es designado por el gobierno y su tarea es proteger los derechos de los niños y velar por sus intereses. Tiene el deber de aplicar en la sociedad sueca la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 1989, Suecia fue uno de los primeros países en suscribir la Convención.

2.3.4.5.4. En Costa Rica: Defensor de la Infancia

Según Alfonsina Camacho de Chavarría “debe entenderse al Defensor de la Infancia, como un “representante o “delegado” que identifica las necesidades

¹¹² Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:
http://www.buenosaires.gov.ar/areas/chicos/defzonales.php?menu_id=23287

de los niños y lucha para que estas sean satisfechas”¹¹³. No es un cargo o función que sustituye los procedimientos e instancias existentes, sino que se trata de una persona que actúa de intermediario entre los niños y la administración, y vela porque se respeten todos los derechos de estos proclamados en nuestro marco jurídico.

Creado por Decreto N° 17733-J del 9 de setiembre de 1987, tiene como objetivo “proteger los derechos de los niños e inducir políticas, programas, proyectos, investigaciones y acciones que tiendan a mejorar la situación de los niños”.

Este Defensor de la Infancia es nombrado por el Ministro de Justicia y Gracia, pero todas las instituciones y dependencias del Estado tienen la obligación de brindarle apoyo, asesoría y colaboración en el desempeño de sus funciones.

¹¹³CAMACHO DE CHAVARRÍA, Alfonsina. “Derecho sobre la Familia y el niño”. Editorial EUNED. San José de Costa Rica, 2004, p. 134.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados

Se presentan los resultados mediante una descripción de la información obtenida aplicando las técnicas de recolección de datos, que nos permite conocer en primer término los datos generales de la Defensoría; luego cómo atienden estas Defensorías a las madres menores de edad; y, finalmente, cómo ejercen, estas madres menores de edad la patria potestad en estas Defensorías.

Para respaldar la información se presentan gráficos de barras que permiten visualizar la correlación y la significancia resultante de la correlación entre las variables:

- Ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en Defensorías, y
- Restricciones en el ejercicio de la patria potestad de madres menores de edad en Defensorías.

3.1.1. Datos Generales de las Defensorías encuestadas

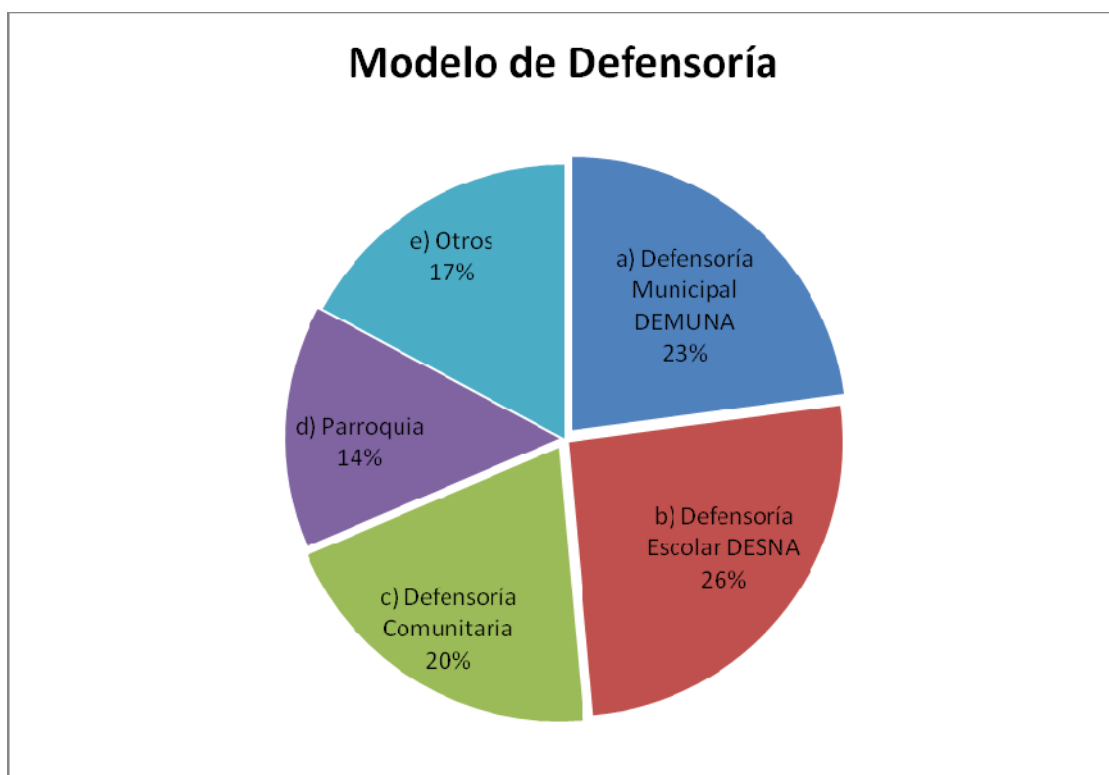
Para efectos de este trabajo, se denominó como localización espacial al espacio geográfico donde se encuentran las Defensorías estudiadas, Lima Metropolitana, comprendiendo sus 49 distritos, a fin de conocer cómo es que en dichas Defensorías las madres menores de edad ejercen la patria potestad de sus hijos. En primer lugar pasamos a describir los datos generales de las defensorías entrevistadas.

a. Modelo de Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes

Del total de Defensorías encuestadas, la mayor parte de ellas (26%) fueron Defensorías escolares DESNAS, en efecto, a raíz de la exigencia normativa por parte del Ministerio de Educación cada vez más centros educativos estatales, no necesariamente de nivel primaria o secundaria sino también en Institutos Superiores Tecnológicos Públicos, cuentan con una Defensoría; le sigue el modelo de

Defensoría Municipal DEMUNA (23%), grupo donde consideramos a las Defensorías que funcionan en Centros Poblados en razón a que cuentan con la misma legitimidad frente a sus usuarios; luego visitamos a las Defensorías Comunitarias (20%), tales como Centrales zonales o distritales de Comedores Populares Autogestionarios; a las Defensorías de las Parroquias y Cuasi Parroquias (14%); así como a las Defensorías que funcionan en ONGs, centros de salud y asociaciones privadas sin fines de lucro, que consideramos como otros (17%).

Cuadro 3:



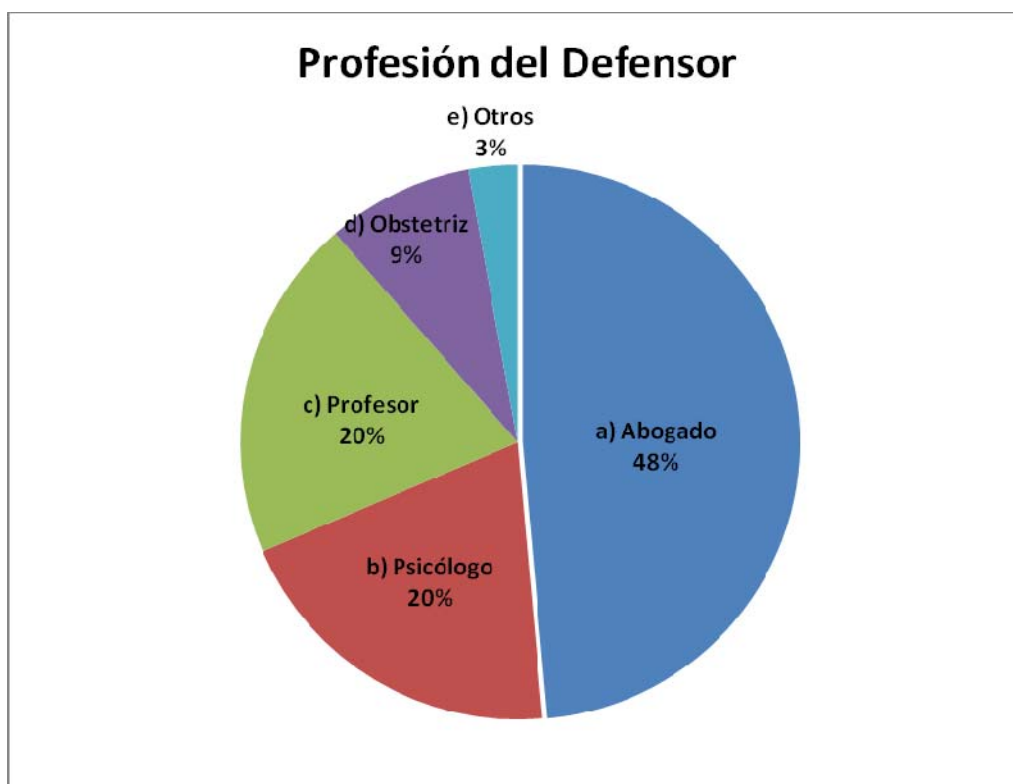
a)	Defensoría Municipal DEMUNA	8	23%
b)	Defensoría Escolar DESNA	9	26%
c)	Defensoría Comunitaria	7	20%
d)	Parroquia	5	14%
e)	Otros	6	17%

35 100%

b. Profesión del Defensor

Encontramos que del total de Defensorías visitadas, 48% de ellas cuentan con un Abogado o un bachiller en Derecho como Defensor de los Niños y Adolescentes, valor marcadamente superior frente a todas las demás profesiones como psicólogo y profesor (20%), mucho menos Defensorías cuentan con una Obstetriz como Defensora (9%); finalmente sólo el 3% de Defensorías cuentan con un Defensor que sólo tiene una formación espiritual dentro de la institución mas no una profesión.

Cuadro 4:



a)	Abogado	17	49%
b)	Psicólogo	7	20%
c)	Profesor	7	20%
d)	Obstetriz	3	9%
e)	Otros	1	3%

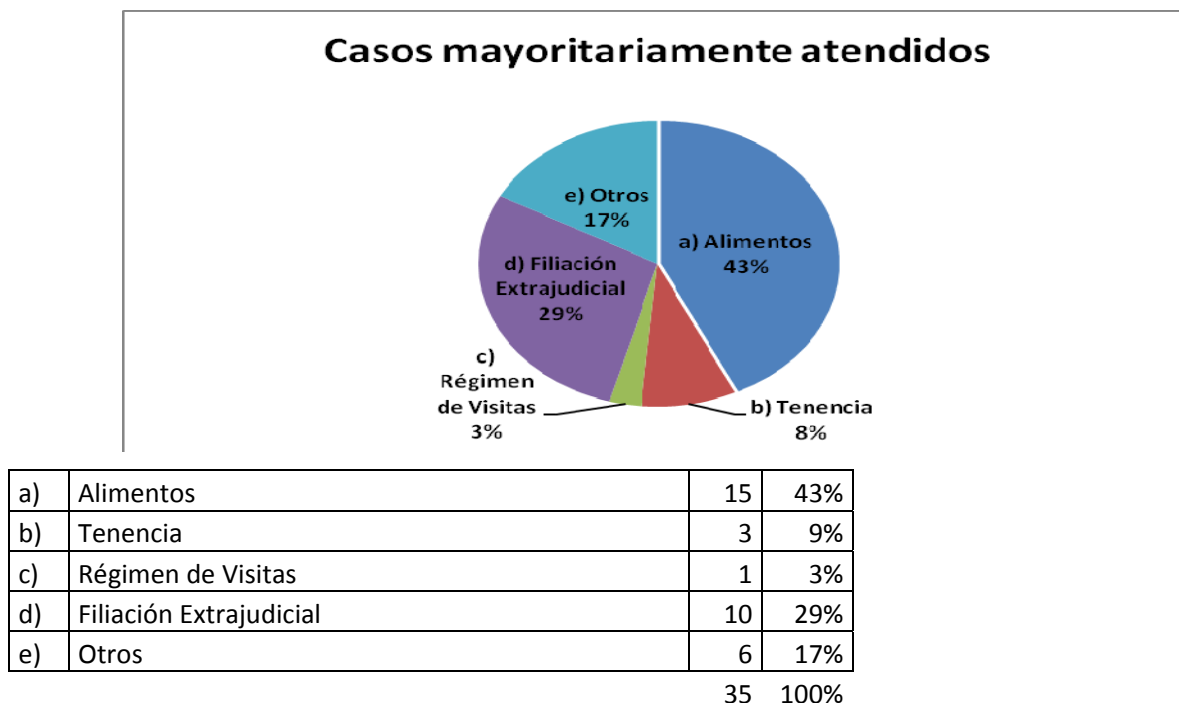
35 100%

c. Casos mayoritariamente atendidos

Los casos mayoritariamente atendidos reflejan una brecha muy amplia, entre los alimentos 43% y el régimen de visitas 3%, sin embargo esto no quiere decir que en una misma conciliación por alimentos las partes puedan acordar también la tenencia y el régimen de visitas a favor de su hijo, en efecto el 8% de las Defensorías encuestadas nos supieron manifestar que es la tenencia del hijo el problema más frecuente por el que acuden los usuarios pero ello no evitó que una vez conciliado este tema, puedan también llegar a un acuerdo sobre los alimentos y el régimen de visitas.

Un procedimiento diferente es el Reconocimiento Voluntario de Filiación extrajudicial 29%; y entre los otros casos (17%) encontramos a las normas de comportamiento y las gestiones administrativas por inscripción extemporánea de nacimiento, matrícula oportuna, atención médica y detenciones oportunas.

Cuadro 5:



d. Persona que mayoritariamente acude en representación de sus hijos

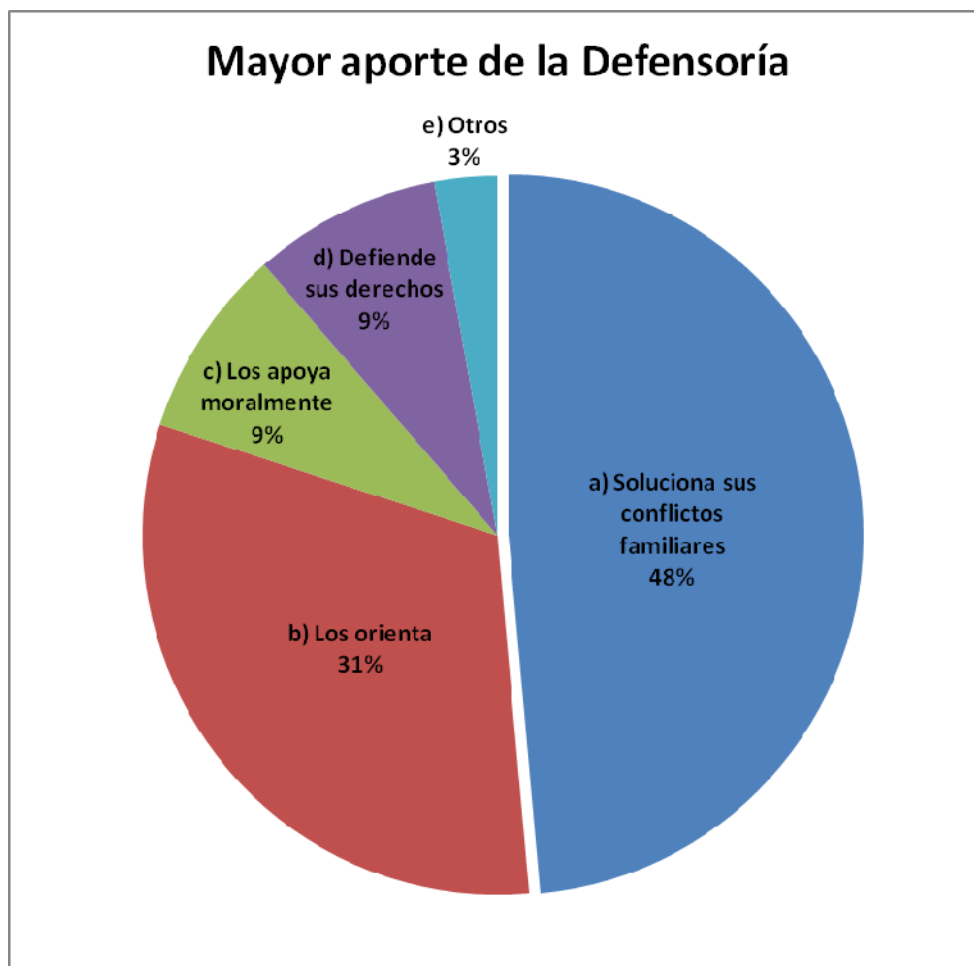
En absolutamente todas las Defensorías visitadas son las madres las que acuden en representación de sus hijos, lo cual no quiere decir que no acudan los padres, especialmente por casos de tenencia y régimen de visitas, en la DEMUNA de San Isidro nos supieron manifestar que son muchos padres los que acuden, incluso solicitando alimentos, sin embargo son las madres las que mayormente acuden a las Defensorías.

a)	Sus madres	35	100
b)	Sus padres	0	0%
Total		35	100%

e. Aporte de la defensoría a sus usuarios

En la mayoría de Defensorías encuestadas consideran que su mayor aporte a sus usuarios es solucionar sus conflictos familiares (48%) y con ello evitar que acudan al Poder Judicial por controversias que pueden ser resueltas brindándole a las partes un ambiente neutral donde puedan discutir sus diferencias con la asistencia de un profesional capacitado en solucionar controversias familiares; le siguen en cantidad las Defensorías que consideran que tan sólo orientan a las partes (31%), lo cual se trata de una orientación profesional que busca inculcar el respeto y defensa de los derechos de los integrantes de las familias que solicitan sus servicios; luego tenemos a las Defensorías que consideran que su mayor aporte a sus usuarios es un apoyo moral (9%); o la Defensa de sus Derechos (9%); y aquellas Defensorías que consideran que cubre las necesidades básicas de sus usuarios, que consideramos como otros (3%).

Cuadro 6:



a)	Soluciona sus conflictos familiares	17	49%
b)	Los orienta	11	31%
c)	Los apoya moralmente	3	9%
d)	Defiende sus derechos	3	9%
e)	Otros	1	3%

35 100%

3.1.2. Atención a las madres menores de edad

Cabe aclarar que en un inicio se prepararon dos clases de encuestas, una para aquellas Defensorías que habían atendido, alguna vez, a madres menores de edad y otra para aquellas que nunca lo habían hecho, caso en el cual se le preguntaría como atenderían a las madres menores en caso requieran sus servicios. Durante la fase de validación de las encuestas advertí que todas las Defensorías que iba visitando, habían atendido, alguna vez, a una madre menor de edad, por lo que sólo se trabajó con las encuestas que parten del entendido que las Defensorías atendieron, alguna vez a una madre menor de edad. Al finalizar la investigación se confirmó que el cien por ciento de Defensorías encuestadas atendió, alguna vez a una madre menor de edad que requirió de sus servicios.

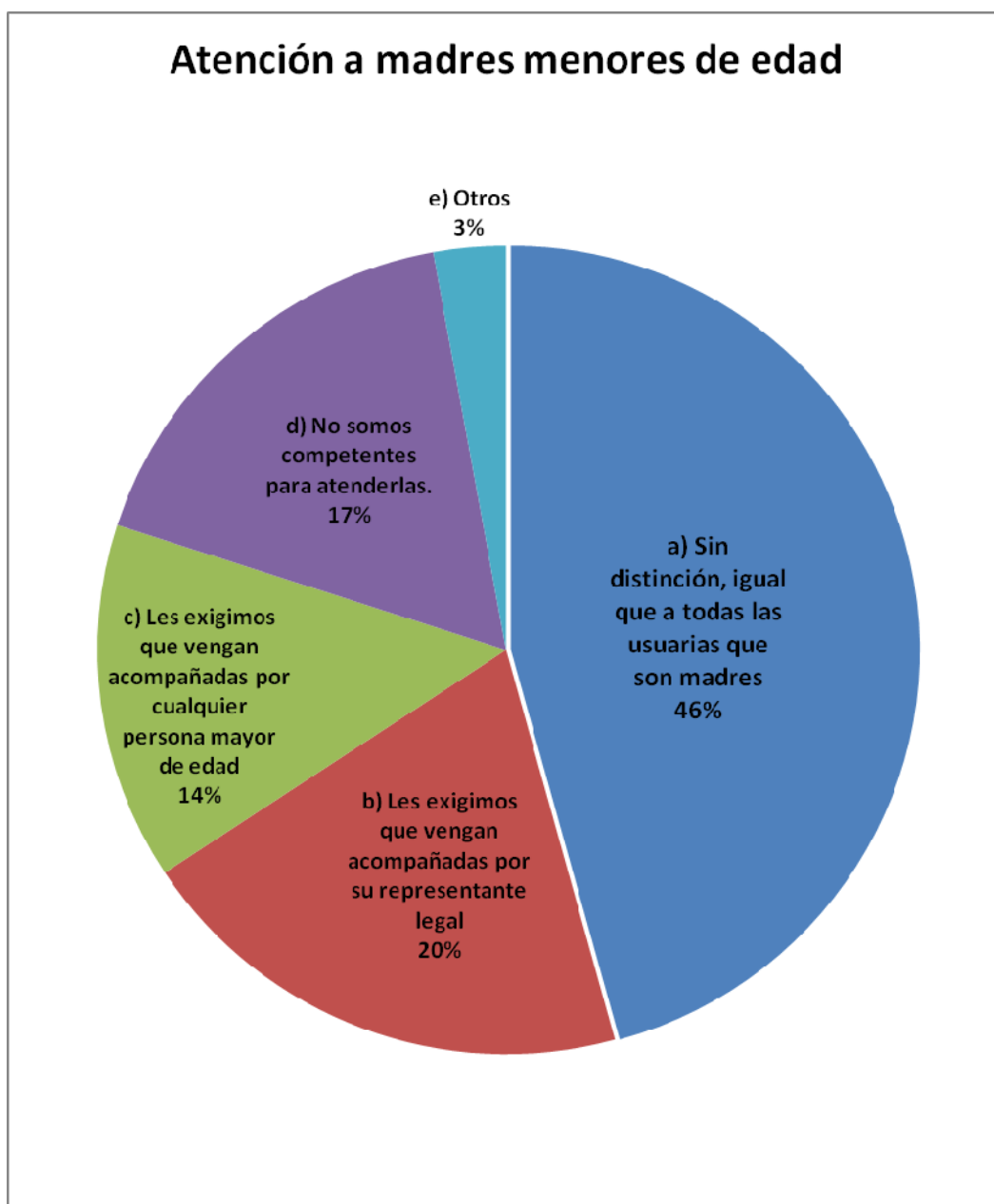
a. Cómo atiende la Defensoría a las madres menores de edad que solicitan sus servicios

Del total de Defensorías visitadas, el 46% manifestó que atiende, a las madres menores sin distinción, igual que a todas sus usuarias que son madres, algo que no ocurre con la mayor parte de Defensorías (54%); 20% de ellas exigen a las madres menores de edad que acudan acompañadas por su representante legal; 14% exigen que vengan, no necesariamente con su representante legal, pero que sí las acompañe cualquier persona mayor de edad, en este extremo se nos aclaró que las personas mayores que puede acompañar a las madres menores son sus abuelos, sus suegras, es decir la mamá de su pareja, un tío, un padrino, etc.; 17% Defensorías consideran que no son competentes para atender a una madre menor de edad, por carecer de facultades, entre otras para investigar si existió violación en la concepción del hijo o cualquier otro delito; finalmente el 3% prefirió responder otros (1) especificando que exige que la madre menor de edad acuda acompañada por un familiar directo.

Cuadro 7:

a)	Sin distinción, igual que a todas las usuarias que son madres	16	46%
b)	Les exigimos que vengan acompañadas por su representante legal	7	20%
c)	Les exigimos que vengan acompañadas por cualquier persona mayor de edad	5	14%
d)	No somos competentes para atenderlas.	6	17%
e)	Otros	1	3%

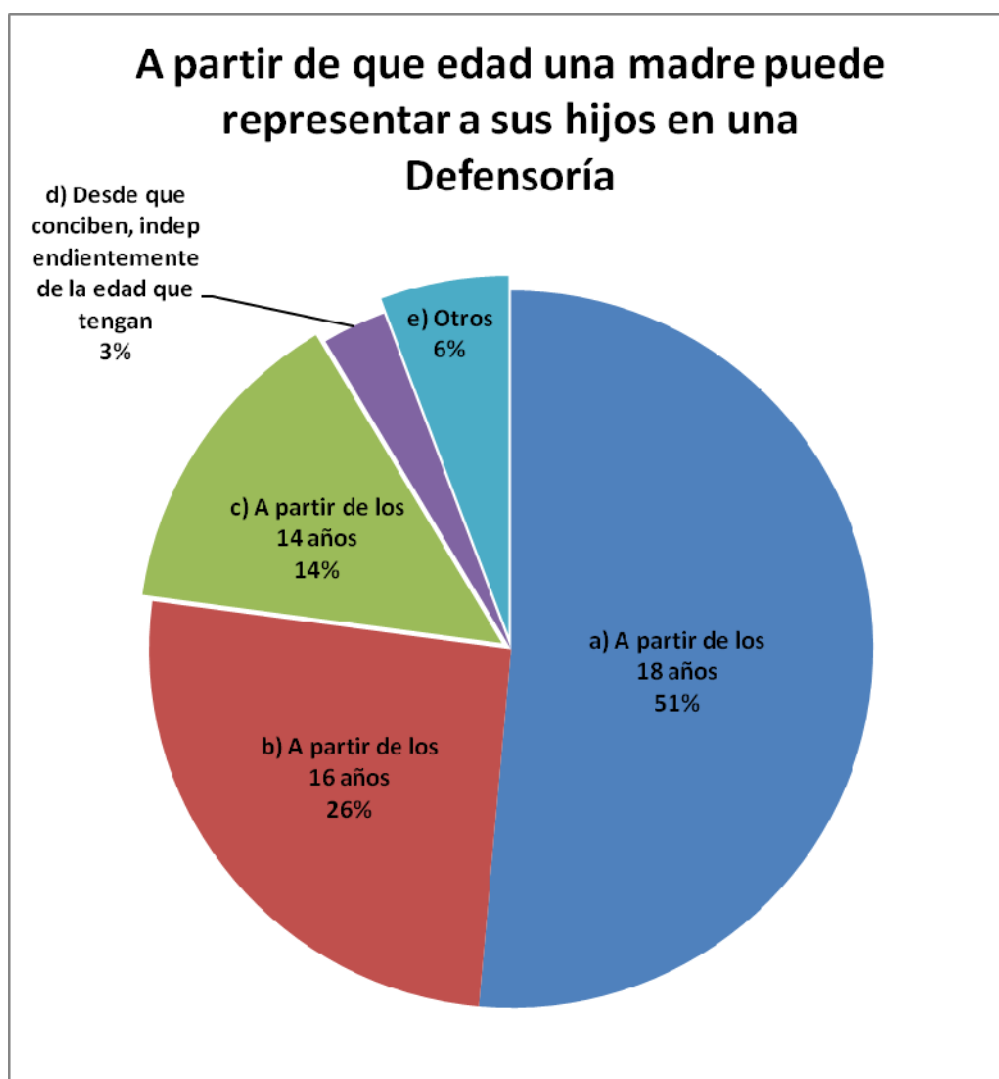
35 100%



b. A partir de qué edad una madre puede representar a sus hijos

Ante la pregunta a partir de qué edad consideran que una madre puede representar a sus hijos el 51% de Defensorías contestaron a partir de los 18 años de edad, edad en la cual adquieren plena capacidad para ejercer sus derechos civiles; 26% considera que una madre puede representar a sus hijos desde los 16 años de edad, puesto que a esa edad se extingue la incapacidad absoluta; 14% Defensorías considera que una madre puede representar a sus hijos desde los 14 años, haciendo una interpretación extensiva del artículo 46 del Código Civil, el cual no sólo facultaría a las madres iniciar un proceso judicial, sino también representar a sus hijos en la vía administrativa; el 3% contestó que una madre menor de edad puede representar a sus hijos desde que los concibe, independientemente de su edad, se trata de una Defensoría de un Centro de Salud que considera que el estatus de una paciente menor de edad madre es muy diferente a una paciente menor de edad que aún no ha concebido; finalmente el 6% contestó la alternativa otros, pues consideran que una madre menor de edad puede representar a sus hijos a partir de los 15 años de edad.

Cuadro 8:



a)	A partir de los 18 años	18	51%
b)	A partir de los 16 años	9	26%
c)	A partir de los 14 años	5	14%
d)	Desde que conciben, independientemente de la edad que tengan	1	3%
e)	Otros	2	6%

35 100%

3.1.3. Ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad

a. Posibilidad de una madre menor de edad de representar a su hijo

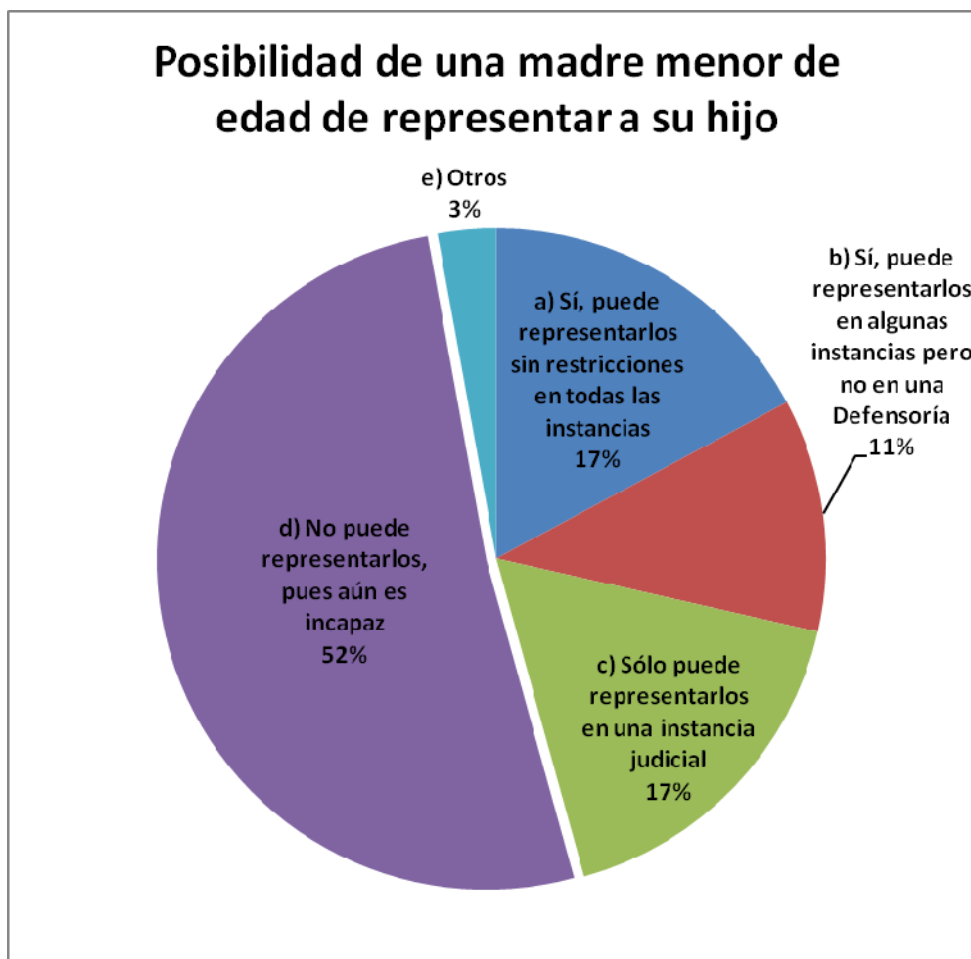
Con respecto a la posibilidad que tendría una madre menor de edad de representar a sus hijos, el 17% de Defensorías contestó que una madre menor de edad sí puede representar a sus hijos sin restricción alguna; el 11% contestó que una madre sí puede representar a sus hijos en diferentes instancias pero no en una Defensoría; el 17% contestó que una madre menor de edad sólo puede representar a sus hijos en el Poder Judicial, donde un Juez se encarga de garantizar que sus decisiones sean las mejores, pero no en cualquier otra instancia; en estos primeros grupos algunas de las Defensorías aclararon que la madre menor de edad puede representar a sus hijos, pero que igual debe estar acompañada de un mayor de edad.

La mayoría, el 51% de Defensorías, considera que una madre menor de edad no puede representar a sus hijos, pues es incapaz; el 3% contestó otros, aclarando que depende de muchas circunstancias la posibilidad de que una madre menor de edad pueda representar a sus hijos.

Cuadro 9:

a)	Sí, puede representarlos sin restricciones en todas las instancias	6	17%
b)	Sí, puede representarlos en algunas instancias pero no en una Defensoría	4	11%
c)	Sólo puede representarlos en una instancia judicial	6	17%
d)	No puede representarlos, pues aún es incapaz	18	51%
e)	Otros	1	3%

35 100%



b. Quién representa a los hijos de las madres menores de edad

Ante la pregunta quien representa a los hijos de las madres menores de edad el 16% considera que los representa su madre, sin importar la edad que tenga; la mayoría, el 49%, contestó que los representan sus abuelos padres de la madre menor de edad que mantienen la patria potestad sobre ella y sobre sus nietos; 11% contestó que los representa un tutor que tiene que ser designado por un Juez; 9% contestó que los representa el Estado, a través de un funcionario público que podría ser un representante del Ministerio Público o del Ministerio de la Mujer y 14% contestó otros, explicando que

consideran que los hijos de una madre menor de edad pueden ser representados por un familiar directo mayor de edad.

Cuadro 10:



a)	Su madre, sin importar que sea menor de edad	6	17%
b)	Sus abuelos, padres de la madre menor de edad	17	49%
c)	Un tutor designado por un juez	4	11%
d)	El Estado, a través de un funcionario público	3	9%
e)	Otros	5	14%
		35	100%

c. Madre menor de edad frente a un Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial

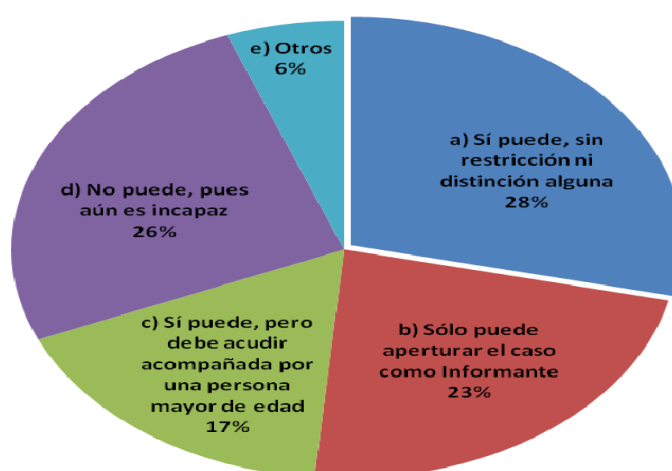
El 29% de las Defensorías encuestadas consideran que una madre menor de edad sí puede representar a su hijo en un procedimiento de Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial sin restricción ni distinción alguna; la mayoría, el 71% considera que no; 23% de Defensorías considera que sólo puede aperturar el caso como Informante; 17% consideran que debe acudir acompañada por una persona mayor de edad, 26% considera que no puede, pues es incapaz; finalmente el 6% marcó la alternativa “otros” pues consideran que son casos que deben ser derivados a otras instituciones.

Cuadro 11:

a)	Sí puede, sin restricción ni distinción alguna	10	29%
b)	Sólo puede aperturar el caso como Informante	8	23%
c)	Sí puede, pero debe acudir acompañada por una persona mayor de edad	6	17%
d)	No puede, pues aún es incapaz	9	26%
e)	Otros	2	6%

35 100%

Madre menor frente a un Reconocimiento Voluntario Extrajudicial de Filiación



d. Madre menor de edad frente a una Conciliación Extrajudicial

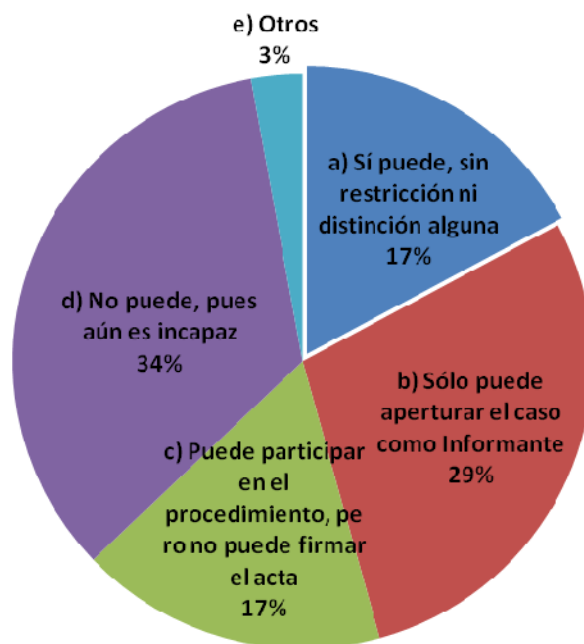
A pesar que el 29% de Defensorías opinaron que una madre menor de edad puede participar en un proceso de Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial sin restricción alguna, sólo el 17% de Defensorías considera que una madre menor de edad puede participar en una Conciliación Extrajudicial en representación de sus hijos. En efecto muchas de las que consideran que puede participar en la primera mas no en la segunda sostienen que una conciliación exige expresamente autonomía para participar en ella; 29% de Defensorías considera que la madre menor de edad sólo puede aperturar el caso como Informante, mas no puede continuar con el proceso sino acompañada por una persona mayor de edad; 17% de Defensorías consideran que una madre menor de edad puede participar en el procedimiento, pero no puede firmar el acta de conciliación, debiendo hacerlo una persona mayor de edad; 34% de Defensorías considera que una madre menor de edad no puede participar en un procedimiento conciliatorio pues es incapaz; 3% optó por la respuesta otros, sosteniendo que es un caso que debe ser derivado a otra institución.

Cuadro 12:

a)	Sí puede, sin restricción ni distinción alguna	6	17%
b)	Sólo puede aperturar el caso como Informante	10	29%
c)	Puede participar en el procedimiento, pero no puede firmar el acta	6	17%
d)	No puede, pues aún es incapaz	12	34%
e)	Otros	1	3%

35 100%

Madre menor frente a una Conciliación Extrajudicial



e. Respecto de la regulación de la patria potestad por madres menores de edad

Con respecto a la regulación del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad sólo el 20% de Defensorías considera que está correctamente regulado, encontrando entre ellas tanto Defensorías que consideran que la incapacidad de una menor de edad persiste a pesar de que sea madre, de acuerdo a lo regulado por los artículos 42°, 43° y 44°; así como por quienes consideran que las madres menores de edad pueden representar a sus hijos desde los 16 años de edad puesto que, según lo regulado en el artículo 44°, se extingue su incapacidad absoluta, y por las Defensorías que reconocen a las madre menores de edad como representantes de sus

hijos a partir de los 14 años, por las facultades otorgadas por el artículo 46°, para ser parte en procesos judiciales sobre tenencia y alimentos en representación de sus hijos.

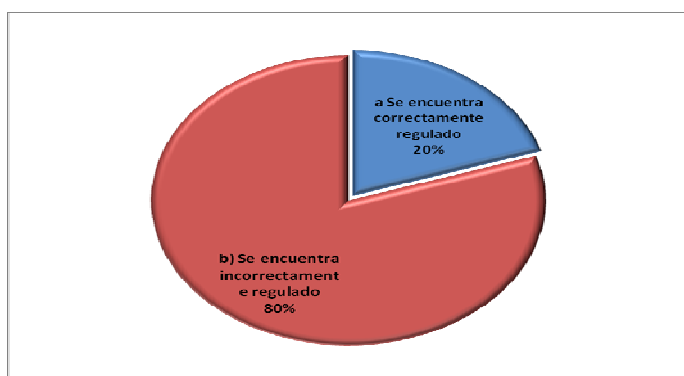
Los mismos artículos son esbozados al momento de dar razones para quienes consideran que el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad se encuentra incorrectamente regulado (80%), puesto que a pesar de los artículos 42°, 43° y 44° que consideran a todo menor de edad como incapaz y que ninguna norma taxativamente extingue la incapacidad de las madres menores de edad, estas normas se contraponen al artículo 421° que en su tercer párrafo establece que la regulación de la patria potestad de un hijo extramatrimonial son de aplicación respecto de la madre aunque sea menor de edad.

Si bien es cierto, algunas de las Defensorías refieren el principio del Interés Superior del Niño, ninguna de ellas toma en cuenta a la Convención sobre los Derechos del Niño como parte del ordenamiento nacional, al momento de analizar la regulación del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad.

Cuadro 13:

a	Se encuentra correctamente regulado	7	20%
b)	Se encuentra incorrectamente regulado	28	80%

35 100%



3.2. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Prueba de Hipótesis Principal 1

De un análisis de las respuestas recogidas con la entrevista estructurada aplicada a la muestra representativa, sobre todo de la respuesta mayoritaria a la pregunta número 7: ¿A partir de qué edad una madre puede representar a sus hijos en su Defensoría? Donde sólo el 3% contestó que una madre puede representar a su hijo desde que lo concibe, independientemente de la edad que tenga, el 14% considera que a partir de los 14 años de edad, el restante 83% considera que es mayor a esta edad en la que una madre menor de edad puede representar a sus hijos, siendo la mayoría 51% del criterio que es a partir de los 18 años de edad que una madre recién puede representar a sus hijos, criterio propio del menor en situación irregular, donde se considera a los menores de 18 años como incapaces.

Concordante con lo anterior, como respuesta a la pregunta 8, un 51% considera que la madre menor de edad no puede representar a su hijo pues es incapaz, teniendo que representarlos sus abuelos, un tutor designado por un juez o el Estado a través de un funcionario público.

Por lo que la Hipótesis Principal 1: El criterio interpretativo aplicado por el servicio de Defensorías de los Niños y Adolescentes, frente al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en la protección y defensa de los derechos e intereses de sus hijos y de los propios, es propio de la doctrina del menor en situación irregular, ha sido confirmada.

Prueba de Hipótesis principal 2

El objetivo general de la presente investigación fue observar cómo es que ejercen la patria potestad las madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, por lo que nos preguntamos ¿Cómo es ejercida la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el Servicio de

Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente?

Una vez aplicadas las entrevistas a las Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes de Lima Metropolitana, encontramos que el 100% de Defensorías visitadas ha atendido, alguna vez, a una madre menor de edad que ha requerido sus servicios.

Si bien es cierto que un 46% de Defensorías contestaron que atienden a las madres menores de edad sin distinción, igual que a todas las usuarias que son madres; un 51% de Defensorías considera que una madre sólo puede representar a sus hijos desde los 18 años de edad; un 52% considera que una madre menor de edad no puede representar a sus hijos puesto que aún es incapaz.

La mayoría de Defensorías atiende restringidamente a las madres menores de edad, la restricción más grave es aquella que plantea un 17% de Defensorías que no se considera competente para atender a una madre menor de edad, por lo que la deriva a otra institución, igual porcentaje de Defensorías considera que una madre menor de edad puede representar a su hijo sólo en el ámbito judicial donde un Juez puede garantizar que las decisiones de esta madre menor sean idóneas para ella y para su hijo, mientras que el 51% de Defensorías considera que una madre menor de edad no puede representar a sus hijos en ninguna instancia por su incapacidad jurídica.

Un 20% de Defensorías exige que las madres menores de edad acudan acompañadas por su representante legal, mientras que un 14% refiere que es flexible en esta exigencia y acepta que las madres menores de edad puedan acudir, no necesariamente con sus representantes legales, sino por una persona mayor de edad que las represente, el problema con esta postura es que entre estas personas mayores pueden estar los tíos, los abuelos, los padrinos e incluso la suegra, es decir la progenitora de la pareja de la madre menor de edad, esta opción es grave cuando tiene como

resultado un acta firmada por el padre del niño, como invitado y por la progenitora de este señor, como representante de la solicitante que es la madre menor de edad, quien por más que considere que el acuerdo no beneficia a su hijo, su opinión no sería tomada en cuenta, por ser considerada incapaz.

Así como también se pueden advertir restricciones en el 49% de Defensorías que considera que los hijos de la madre menor de edad deben ser representados por sus abuelos, es decir por los padres de la madre menor de edad, un 11% considera que debe ser representado por un tutor designado por el Juez y un 9% considera que debe ser representado por el Estado a través del Ministerio Público o del Ministerio de la Mujer.

Como ya lo señalamos un 51% de Defensorías considera que una madre puede representar a sus hijos sólo a partir de los 18 años, edad en que adquiere plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, un 26% considera que una madre puede representar a sus hijos a partir de los 16 años, un 14% considera que una madre puede representar a su hijo a partir de los 14 años de edad, un 6% considera que lo puede hacer desde los 15 años y un 3% considera que una madre puede representar a su hijo desde que lo concibe, independientemente de la edad que tenga.

Este resultado está directamente vinculado con las respuestas ante la pregunta si considera si el ejercicio de la patria potestad de madres menores de edad está o no correctamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que quienes consideran que este tema está correctamente regulado, el 20% de Defensorías, aducen que el sistema de incapacidades es claro al considerar incapaz a los menores de 18 años y al no regular taxativamente la posibilidad de la extinción de esta incapacidad por el hecho que una menor sea madre; sin embargo, dentro de este 20% también encontramos a quienes sostienen que del hecho de que el artículo 43° del Código Civil reconozca capacidad relativa a los mayores de 16 años, se debe entender que a partir de esta edad, las madres menores de edad pueden representar

a sus hijos; y, finalmente, quienes consideran que del artículo 46° del Código Civil debe entenderse que la madre menor de edad puede representar a su hijo a partir de los 14 años de edad, no solo ante el poder judicial y no sólo para los actos enumerados por este artículo, por más que expresamente así lo señale la norma, sino también para todas las instancias y para todos los actos que comprende la patria potestad. El reconocimiento de esta pluralidad de respuestas lleva a que la mayoría de Defensorías, el 80%, consideren que, el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, está incorrectamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad se hace más evidente cuando consultamos cómo es que estas menores participan en los procedimientos que ofrecen las Defensorías, tales como el Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial y la Conciliación Extrajudicial por alimentos, tenencia y régimen de visitas a favor de sus hijos. Si bien es cierto que un 28% de Defensorías considera que una madre menor puede representar a sus hijos en un Reconocimiento Voluntario de Filiación Extrajudicial sin restricción ni distinción alguna, sólo un 17% de Defensorías permite que una madre menor de edad pueda participar en una Conciliación Extrajudicial por alimentos, tenencia y régimen de visitas en representación de sus hijos. La mayoría de Defensorías no permite que una madre menor de edad participe en estos procedimientos y mucho menos reconoce la posibilidad de que puedan tomar decisiones en representación de sus hijos.

Por lo que la Hipótesis Principal 2: La patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida restringidamente en el Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, ha sido confirmada.

Prueba de Hipótesis Secundaria de la Hipótesis principal 2:

El objetivo especial de la presente investigación es observar la relación entre la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento y el acceso de sus hijos al Servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, por lo que nos preguntarnos: ¿Cómo afecta la restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescentes?

Una vez advertidas las restricciones al ejercicio de la patria potestad en las Defensorías de los Niños y Adolescentes nos encargamos del acceso de los hijos de las madres menores de edad a los servicios de las Defensorías.

El 43% de las Defensorías atiende mayoritariamente casos de alimentos, es decir, casos en donde uno de los progenitores no está cumpliendo con su obligación de afrontar con los gastos que significa el sustento de su hijo; el 29%, atiende mayoritariamente casos de Filiación Extrajudicial, es decir, casos en los que se busca que el progenitor del niño lo declare como su hijo, y así le permita gozar del derecho humano a la identidad.

La mayoría de Defensorías, el 83%, no reconocen a su madre como su representante legal, exigiendo que los representen sus abuelos, un tutor designado por el Juez, un funcionario público, o un funcionario directo que sea mayor de edad, el problema es que muchas veces los niños hijos de madres menores de edad sólo tienen a sus madres, casos en donde estos niños no podrían acceder a los servicios de Defensoría del Sistema Nacional de Atención Integral de los Niños y Adolescentes.

El 17% de Defensorías considera que no es competente para atender a un niño cuya madre es menor de edad, aduciendo que no tienen las facultades para averiguar si es producto o no de una violación, caso en el que deberá

participar el Ministerio Público. El problema surge cuando la madre menor de edad acude a la Defensoría para solucionar un problema de alimentos o un problema de filiación a favor de su hijo, y no para iniciar un proceso penal por violación en contra del padre de su hijo. Esta distinción que automáticamente se hace con los hijos de las madres menores de edad está proscrita por el artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que no se podrá hacer distinciones de los niños por la condición de sus padres.

El 11% de Defensorías considera que una madre menor de edad puede representar a su hijo en otras instancias menos en una Defensoría, y el 17% considera que una madre menor de edad sólo puede representar a su hijo en el Poder Judicial donde el Juez tiene las facultades para garantizar que las decisiones de la menor la beneficien a ella misma y a su hijo, el problema con esta postura se advierte cuando la madre menor de edad no desea iniciar un proceso judicial, sino que prefiere solucionar la controversia extrajudicialmente, en este caso la madre menor de edad ¿Estaría obligada a acudir a una instancia judicial, con todos sus defectos? y con ello, su hijo ¿No podría acceder a los mecanismos alternativos de solución de controversias con los que sí pueden contar los hijos de las madres mayores de edad?

Mediante la presente investigación llegamos a observar que la restricción que afecta el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, afecta al acceso de sus hijos a los servicios de Defensorías con el que sí cuentan sin restricción los hijos de las madres que han alcanzado la mayoría de edad.

Por lo que la Hipótesis Secundaria de la Hipótesis Principal 2: La restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del

Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente, ha sido confirmada.

3.3. RECOMENDACIONES

Otro de los objetivos específicos de la presente investigación fue la de formular propuestas de regulación clara del ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento que sean coherentes con sus necesidades y realidad, una vez realizada la investigación formulamos las siguientes recomendaciones:

- Se modifique el artículo 46° del Código Civil, agregándosele un párrafo con el siguiente tenor: “La incapacidad de las madres con discernimiento mayores a catorce años cesa a partir del nacimiento del hijo, para realizar todos los actos que comprende la patria potestad”.
- Se modifique el artículo 2° de la Guía de Atención de Casos en las Defensorías de los Niño y Adolescentes aprobado por Resolución Ministerial N° 669-2006-MIMDES, agregándosele un párrafo con el siguiente contenido: “Es competencia de las Defensorías atender los asuntos concernientes a la defensa de los derechos de los hijos de madres menores de edad, quienes serán atendidos sin distinción, reconociéndose como sus representantes legales a sus madres desde que estas tengan 14 años de edad”.
- La aprobación de un Protocolo de atención a las madres menores de edad en Defensorías, que guíe a los encargados de las Defensorías cuando quien solicite sus servicios sea una madre que no ha alcanzado la mayoría de edad.

CONCLUSIONES

- Entre las instituciones clásicas del derecho civil que buscan proteger a los menores de edad encontramos al sistema de incapacidades, a la patria potestad y a la representación legal, instituciones que consideran al menor como un objeto de protección que no puede ejercer sus derechos por sí mismo y sobre el que los adultos deben decidir lo más conveniente.
- Frente a estas instituciones clásicas, la teoría de la protección integral, contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene principios como el niño sujeto de derechos, la capacidad progresiva y el interés superior del niño, propone un cambio en la concepción del menor considerándolo, no como un objeto, sino como una persona, y en tanto tal, como una categoría autónoma, independiente, reconociendo sus propias necesidades y respetando su individualidad.
- El sistema de incapacidades, la patria potestad y la representación legal a favor de los menores, son instituciones que han sido recogidas por todos los Códigos Civiles que han regido en nuestro ordenamiento, por lo que no es una excepción que sigan vigentes hasta la actualidad. Lo que resulta innovador es la adopción de la teoría de la protección integral tanto por la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como por el Código de los Niños y Adolescentes.
- El contraste entre ambas posturas se evidencia en casos extremos como en el ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, quienes continúan sujetas a la patria potestad de sus padres, si bien es cierto, la Ley 29274 que modificó el artículo 46° del Código Civil, es un avance, el número de actos para los que reconoce capacidad a los menores a partir del nacimiento de su hijo, es muy reducido.

- La presente investigación se enmarca en los actos jurídicos que comprende el ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento en los servicios que ofrecen las Defensorías de los Niños y Adolescentes ubicadas en Lima Metropolitana, actos que no están comprendidos expresamente por el artículo 46° del Código Civil, pero que forman parte del conjunto de actos personalísimos para los que están facultados los menores capaces de discernimiento.
- Actos como la representación de los hijos en los procedimientos de reconocimiento voluntario de filiación extrajudicial y normas de comportamiento; o en los procedimientos de conciliación extrajudiciales sobre tenencia, alimentos y régimen de visitas
- El servicio de Defensorías del Sistema de Protección Integral del Niño y Adolescente es un organismo administrativo regulado por el Código de los Niños y Adolescentes y por normas emitidas por el ente rector que es el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Fue creada a raíz de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que su función debería estar dirigida por los principios que contiene este tratado internacional de los Derechos Humanos de los Niños, sin embargo al estar sometida, a la vez, a las Instituciones del Código Civil, las atenciones a las madres menores de edad no son uniformes sino que cada Defensoría emite su propia interpretación de la norma.
- De esta forma, gracias a las técnicas de recolección de datos, encontramos que el 100% de Defensorías entrevistadas ha atendido madres menores de edad que han acudido requiriendo sus servicios, siendo los casos mayoritariamente por problemas por la pensión de alimentos, seguidos por problemas de filiación a favor de sus hijos.
- Los datos de la investigación demuestran que la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento es ejercida

restringidamente en las Defensorías, puesto que no se les presume incapaces, restricción que importa un desconocimiento de la autodeterminación como manifestación del derecho a la libertad de los menores de edad.

- Así, un 17% de Defensorías no se considera competente para atenderlas, un 20% les exige que acudan acompañadas por sus padres y un 14% les permite que acudan acompañadas por cualquier persona mayor de edad.
- Tampoco existe consenso sobre la edad a partir de la cual una madre menor de edad puede ejercer la patria potestad de sus hijos. El 51% de Defensorías considera que la madre puede representar a su hijo sólo desde que cumple 18 años de edad, el 26% exige que sea 16 años la edad, el 14% considera que a partir de los 14 años la madre puede representar a sus hijos y un 3% considera que no interesa la edad que tenga la madre para que pueda representar a sus hijos.
- Asimismo, un 49% reconoce a los abuelos del menor como su representante, existiendo defensorías que incluso exigen la presencia de un tutor designado judicialmente o la presencia de un funcionario público, siendo sólo el 17% los que reconocen a la madre menor de edad como representante de sus hijos.
- Gracias al análisis de las entrevistas en conjunto con la revisión de los documentos como las actas de conciliación, advertimos que las madres menores de edad son, muchas veces, ignoradas al momento de suscribir estos documentos, puesto que, quienes lo hacen son las personas a las que se les reconoce capacidad, o bien sus padres o bien la persona mayor que acompaña a la madre menor de edad, llegando a extremos como en el caso en el que el acta de conciliación está suscrita, por el invitado y por su progenitora quien actúa como representante de la solicitante quien es la madre menor de edad.

- Esta restricción al ejercicio de la patria potestad por madres menores capaces de discernimiento, impide el acceso de sus hijos al servicio de Defensorías del Sistema Nacional de Atención Integral del Niño y Adolescente.
- Finalmente consideramos que es necesaria la aprobación de un protocolo de atención a madres menores de edad en Defensorías, a fin de que sirva de guía en la prestación de servicios como la protección de los derechos del niño a través de reconocimientos voluntarios de filiación extrajudicial y conciliaciones extrajudiciales sobre alimentos, tenencia y régimen de visitas, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. "Proceso, Autocomposición y Autodefensa". 3° edic. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. 2000.
- ALVAREZ-CAPEROCHUPI, José A. "Curso de Derecho de Familia. T. II Patria Potestad, Tutela y Alimentos. Edit. Civitas S.A. Madrid, 1988.
- ARIANO DEHO, Eugenia. "Problemas del Proceso Civil". Edit. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2003.
- ARISTOTELES. "La Política". Editorial Ediciones Nuestra Raza ENA. Madrid, 1959.
- BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. "Marco normativo de la Protección de Derechos de los Niños, niñas y adolescentes e situación de vulnerable en relación a las ITS, VIH/SIDA". Care Perú. Lima, 2008.
- BIX, Brian H. Diccionario Jurídico. Trad. Enrique Rodriguez Trujano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2009.
- BOSSERT, Gustavo A. ZANNONI Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia". 6° edic. Edit. Astrea. Buenos Aires, 2004.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Diccionario Jurídico Elemental". Heliasta. S.R.L. Buenos Aires, 1993,
- CARNELUTTI, Francesco. "Instituciones del Proceso Civil". Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol. I. 4° Edic. EJE Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1950.
- CASAL, Jesús María. "Derechos Humanos y Acceso a la Justicia". Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales - Iliis. Caracas, 2005.

- CIFUENTES, Santos. Elementos del Derecho Civil. Parte General. 4° edic. Edit. Astrea. Buenos Aires, 1999
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. "Derecho Familiar Peruano". Tomo I. 5° edic. Librería Studium. Lima, 1985.
- CORNELES, Cristóbal y Morais, María (Coordinadores). "Quinto año de vigencia de la Ley orgánica para la protección del niño y del adolescente". Centro de Investigaciones de la Universidad Andrés Bello. Caracas, 2006.
- DWORKIN, Ronald. Los Derechos en Serio". Trad. Marta Guastavino. Edit. Ariel. Madrid, 1997.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Capacidad Civil de las Personas Naturales". Edit. Grijley. Lima. 1998.
- FACIO, Alda. "Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos". San José de Costa Rica. IIDH, 2008.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Los 25 años del Código Civil Peruano". Edit. Motivensa. Lima, 2009.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro Primero del Código Civil Peruano. 6ª ed. Lima-Perú, Ed.Grijley, 1996.
- GALLEGGO, Elio A. Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo. Edit. Dykinson. 1° edic. Madrid, 1996.
- GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary. "Infancia, Ley y Democracia. T I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004.
- GARGARELLA, Roberto. "Derecho y Grupos Desaventajados". Edit. Gedisa. Barcelona, 1999.
- GÓMEZ, Pío Ivan; MOLINA Ramiro; ZAMBERLIN Nina. Lima: Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología-FLASOG. Promsex. Lima, 2011.

- GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo. "Notas y Estudios sobre el Proceso Civil". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México, 1994.
- GROSMAN, Cecilia P. "Familia Monoparental". Edit. Universidad S.R.L. Buenos Aires, 2008.
- GROSMAN, Cecilia. "Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad". Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005.
- GROSMAN, Cecilia. "Alimentos a los Hijos y Derechos Humanos". Editorial Universidad. Buenos Aires, 2004.
- HERNANDEZ SAMÍERI, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Collado. "Metodología de la Investigación". 3° Edic. Mc Grau-Hill Interamericana. México, 2003.
- H.L.A.HART. "Derecho, Libertad y Moralidad". Edit. Dykinson. Madrid, 1969.
- FRANKLIN, Bob. "Los Derechos de los Niños". BasilBlackwell Ltd. Nueva York, 1986.
- KANT, Immanuel. "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres". Trad. Manuel García Morente. Edición de Pedro M. Rosario Barbosa. San Juan de Puerto Rico, 2007.
- KANT, Immanuel. "Crítica del Discernimiento". Edición de Roberto R. Aramayo. Madrid, 2003.
- KANT, Immanuel. "¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia". Trad. Roberto Aramayo. Alianza Editorial. Madrid, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho". 4° edic. Edit. Dykinson. Madrid, 2004.
- LARRAIN RÍOS, Hernán. "Lecciones de Derecho Civil". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1994.

- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo”. T 2. Edit. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2008.
- MARCUSE, Herbert. “El Hombre Unidimensional”. Editorial Planeta – Agostini. Barcelona, 1993.
- MESÍA, Carlos. “Exégesis del Código Procesal Constitucional”. Editorial Gaceta Jurídica. 2º edición. Lima, 2005.
- MEZA INGAR, Carmen. “Ideas para un Código de Familia”. CONCYTEC. Lima, 1990.
- MEZA INGAR, Carmen. “Reflexiones de Fin de Siglo”. Exigráfica E.I.R.L. Lima, 1999.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto. Conflicto Social, derecho y proceso. Cuadernos de Teoría Fundamental del Derecho 20. Universidad de Murcia. 1993, Lérida
- OSSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. 27ªedic. Edit. Heliasta. Buenos Aires, 2000.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex F. Manual de Derecho de Familia: novedoso método de estudio funcional del Derecho de Familia. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2001.
- POYATOS GARCÍA, Ana. “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”. Universitat de Valencia, 2003.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. “Historia del Derecho Peruano. Siglos XIX y XX. 6t. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos Augusto. “El Código de Napoleón y su Recepción en América Latina”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos Augusto. “Codificación, Tecnología y Posmodernismo: La Muerte de un Paradigma”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000.

- MAY SCHOTT, Robin. "Interpretación feminista de Immanuel Kant". Universidad Estatal de Pensilvania. University Park, 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial. "Estudios de la Constitución Política de 1993". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. "Fundamentos de Derecho Administrativo". Fundación Ramón Areces. Madrid, 1990.
- SERRANO CASTRO, Francisco de Asís. Relaciones Paterno-Filiales. Edit. El Derecho. Barcelona, 2010.
- SILVA-HERZOG, Jesús J. "La Idiotéz de lo perfecto: miradas a la política". Fondo de Cultura Económica. México, 2006.
- VALERO HEREDIA, Ana. "Constitución, Libertad Religiosa y Minoría de Edad. Un Estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional". Universitat de Valencia. Valencia, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Divorcio, Filiación y Patria Potestad. Edit. Grijley. Lima, 2004.

Revistas Especializadas

- Colectivo Nacional de Apoyo a las DEMUNAS. "Manual de Gestión DEMUNA". Acción por los Niños. 1º edic. Lima, 2004.
- Defensoría del Pueblo. La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos". Serie Informes Defensoriales. Informe N° 74. Lima, 2003.
- Defensoría del Pueblo. "El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo". Serie Informes Defensoriales. Informe N° 150. Lima, 2010.

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF. “Estado Mundial de la Infancia 2012”. Naciones Unidas. Nueva York, 2012.
- Fordham Law Review. Volume 64, Issue 4. 1-1-1996.
- Ministerio de Salud del Perú. Fondo de Población de las Naciones Unidas 2009. Balance político normativo sobre el acceso de las y los adolescentes a los servicios de salud sexual, salud reproductiva y prevención del VIH-Sida. Lima, 2009.
- Movimiento Manuela Ramos y UNFPA. “La Salud Sexual y la Salud Reproductiva: Marco Jurídico Internacional y Nacional”. Lima, 2009.
- Revista de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 64(Nº1-Nº2). Lima, 2007.
- Revista Peruana de Derecho de Familia. Número 2/Diciembre-2007. Lima.
- Revista Oficial del Poder Judicial. Año 3 N° 5. Lima, 2009.
- Presidencia del Consejo de Ministros. “Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021”. Centro Nacional de Planeamiento Estratégico-CEPLAN. Lima, 2011.
- Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia N°11, Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 1997.

ANEXOS

FORMATO DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA

ANEXOS

FORMATO DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

**EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR MADRES MENORES CAPACES DE DISCERNIMIENTO EN EL
SERVICIO DE DEFENSORÍAS DEL SISTEMA NACIONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO Y ADOLESCENTE**

FORMULARIO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Encuesta N° _____

Fecha: __/__/__ Hora: ____

Buenos Días (tardes):

Se está trabajando en un estudio para la elaboración de una tesis profesional acerca del ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad en las Defensorías de los Niños, Niñas y Adolescentes. Para ello le pediría que fuera tan amable de contestar unas preguntas con la mayor sinceridad posible, sus respuestas serán confidenciales y anónimas, no hay respuestas correctas o incorrectas. Muchas gracias por su colaboración.

Datos Generales

1. Modelo de su Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes

- a. Defensoría Municipal DEMUNA
- b. Defensoría Escolar
- c. Defensoría Comunitaria
- d. Parroquia
- e. Otros: _____

2. Profesión del Defensor

- a. Abogado
- b. Psicólogo
- c. Profesor
- d. Obstetriz
- e. Otros: _____

3. Casos que mayoritariamente atiende su Defensoría

- a. Alimentos
- b. Tenencia
- c. Régimen de Visitas
- d. Filiación Extrajudicial
- e. Otros: _____

4. Mayoritariamente, acuden en representación de sus hijos:

- a. Sus padres
- b. Sus madres

5. ¿Cuál considera que es el mayor aporte de su Defensoría a sus usuarios?

- a. Soluciona sus conflictos familiares
- b. Los orienta
- c. Los apoya moralmente
- d. Defiende sus derechos
- e. Otros: _____

Atención a las madres menores de edad

6. ¿Cómo atiende su Defensoría a las madres menores de edad que solicitan sus servicios?

- a. Las atendemos sin distinción, igual que a todas las usuarias que son madres.
- b. Les exigimos que vengan acompañadas por sus progenitores.
- c. Les exigimos que vengan acompañadas por cualquier persona mayor de edad.
- d. No somos competentes para atenderlas
- e. Otros: _____

7. ¿A partir de qué edad una madre puede representar a sus hijos en su Defensoría?

- a. A partir de los 18 años
- b. A partir de los 16 años
- c. A partir de los 14 años
- d. Desde que concibe, independientemente de la edad que tenga
- e. Otros

Ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad

8. Una madre menor de edad ¿Puede representar a su hijo?:

- a. Sí, puede representarlo en todas las instancias, judiciales y administrativas, incluyendo los servicios que brinda una Defensoría de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- b. Sí, puede representar a su hijo en algunas instancias pero no en una Defensoría.
- c. Sólo puede representarlos en una instancia judicial
- d. No, pues es incapaz.
- e. Otros

9. ¿Quién representa a los hijos de las madres menores de edad?

- a. Su madre, aun así sea menor de edad
- b. Sus abuelos, padres de la madre menor de edad
- c. Un tutor designado por un Juez
- d. El Estado, a través de un funcionario público
- e. Otros: _____

10. ¿Considera Ud. que una madre menor de edad puede gestionar un Reconocimiento Voluntario Extrajudicial en representación de su hijo?

- a. Sí puede, sin restricción ni distinción alguna.
- b. Sólo puede aperturar el caso como informante
- c. Sí puede, pero debe acudir acompañada por una persona mayor de edad
- d. No puede pues aún es incapaz
- e. Otros: _____

11. ¿Considera Ud. que una madre menor de edad puede participar en una conciliación extrajudicial en representación de su hijo?

- a. Sí puede, sin restricción ni distinción alguna.
- b. Sólo puede aperturar el caso como informante
- c. Puede participar en el procedimiento, pero no puede firmar el acta
- d. No puede, pues es incapaz
- e. Otros: _____

12. Con respecto al ejercicio de la patria potestad por madres menores de edad, Ud. considera que:

- a. Se encuentra correctamente regulado.
- b. Se encuentra incorrectamente regulado.

**FICHAS DE RESULTADOS DE ENTREVISTA ESTRUCTURADA
DIRIGIDA A LAS DEFENSORÍAS**